This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

1 92 e. 17
NJ 12 ADDS c9

1872.

Das

Obligationenrecht

als

Theil des heutigen Römiſchen Rechts.

Von

Friedrich Carl von Savigny.

Erſter Band.

Berlin.
Bei Veit und Comp.

1851.

TAYLOR INSTITUTION
UNIVERSITY
OF
OXFORD
LIBRARY

Vorrede.

Ueber den Plan des Werkes, deſſen Anfang hier erſcheint, habe ich mich bereits in der Vorrede zum achten Bande des Syſtems des heutigen Römiſchen Rechts (S. VII — IX) erklärt. Daſſelbe iſt durch den Titel von dem in acht Bänden abgeſchloſſenen Syſtem verſchieden, in der That aber eine Fortſetzung deſſelben, ſo daß das Syſtem den allgemeinen Theil des Ganzen enthält, das hier vorliegende Werk dagegen den ſpeciellen Theil eröffnet.

Der letzte größere Abſchnitt des gegenwärtigen Bandes (vom Gelde) unterſcheidet ſich von allen bisher abgehandelten Lehren dadurch, daß in demſelben die allgemeinen Grundſätze des Römiſchen Rechts zwar auch zur Anwendung kommen, in der Unterſuchung der ſehr beſtrittenen beſonderen Fragen aber

die Quellen jenes Rechts nur beiläufig und ablehnend erwähnt werden.

Dagegen war es für dieſe Unterſuchung unerläßlich, auf Thatſachen und Verhältniſſe einzugehen, die an ſich außer den Gränzen der Rechtswiſſenſchaft liegen, ohne welche aber die hier einſchlagenden Rechtsregeln weder verſtändlich gemacht, noch zur Ueberzeugung gebracht werden können.

Da ich mich auf dieſem Gebiete nicht völlig einheimiſch fühlte, ſo glaubte ich den Rath und die Belehrung eines gründlichen Sachkenners benutzen zu müſſen. Dieſe Hülfe iſt mir durch den Herrn General-Münzwardein Kandelhardt auf die freundlichſte und befriedigendſte Weiſe gewährt worden, wofür ich Demſelben hierdurch öffentlich Dank ſage.

Geſchrieben im Mai 1851.

Inhalt

des erſten Bandes des Obligationenrechts.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erſtes Kapitel. Natur der Obligationen.

I. Begriff der Obligation.

§ 2. Begriff der Obligation 4

§ 3. Fortſetzung. Kunſtausdrücke 10

§ 4. Fortſetzung. Verwandtſchaften 15

II. Arten der Obligation.

§ 5. Civilis und naturalis obligatio. Begriff 22

§ 6. Fortſetzung 28

§ 7. Fortſetzung 34

§ 8. Civilis und naturalis obligatio. Wirkung der naturalis 44

§ 9. Civilis und naturalis obligatio. Fälle der naturalis .. 52

§ 10. Fortſetzung 59

§ 11. Fortſetzung 79

§ 12. Fortſetzung 100

§ 13. Fortſetzung 109

Seite

§ 14. Civilis und naturalis obligatio. Heutiges Recht..... 123

III. Personen in der Obligation.

§ 15. Personen. A. Bestimmungsart der Personen 131

§ 16. Personen. B. Mehrere Personen. Correalschuld. Einleitung 136

§ 17. Personen. B. Correalschuld. Entstehungsgründe 144

§ 18. Personen. B. Correalschuld. Wirkungen 159

§ 19. Fortsetzung..... 180

§ 20. Personen. B. Correalschuld. Unächte Fälle 197

§ 21. Fortsetzung..... 209

§ 22. Personen. B. Correalschuld. Praktische Bedeutung 215

§ 23. Personen. B. Correalschuld. Regreß 226

§ 24. Fortsetzung..... 251

§ 25. Fortsetzung..... 267

§ 26. Personen. B. Correalschuld. Novelle 99..... 279

§ 27. Personen. B. Correalschuld. Heutiges Recht..... 286

IV. Gegenstand der Obligation.

§ 28. Positive, negative Leistungen; vorübergehende, dauernde .. 295

§ 29. Theilbare, untheilbare Leistungen..... 303

§ 30. Fortsetzung..... 310

§ 31. Fortsetzung..... 320

§ 32. Fortsetzung..... 329

§ 33. Fortsetzung..... 349

§ 34. Fortsetzung..... 356

§ 35. Fortsetzung..... 369

§ 36. Fortsetzung..... 374

§ 37. Mögliche, unmögliche Leistungen 381

§ 38. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Alternative..... 386

§ 39. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Generische. Quantitäten 399

§ 40. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Begriff und Arten 403

§ 41. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Verschiedene Werthe 423

Seite

§ 42. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Rechtsregeln 440

§ 43. Fortsetzung 463

§ 44. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Aussprüche der Römer 469

§ 45. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Schriftsteller 477

§ 46. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Preußisches Recht 482

§ 47. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Französisches Recht 499

§ 48. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. Geld. Oesterreichisches Recht 506

§ 49. Ort der Leistung 508

§ 50. Zeit der Leistung 516

§. 1.

Einleitung.

Schriftsteller über das Obligationenrecht.

H. Donellus, Commentarii de jure civili Lib. 12—16.

K. Bucher das Recht der Forderungen. 2te Ausg. Leipzig 1830 (1ste 1815).

C. F. Koch das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach Preußischem Recht. Breslau B. 1—3. 1836. 1840. 1843 (B. 1. 2. der allg. Theil). Damit zu verbinden: Dessen Lehrbuch des Preußischen Rechts. B. 2. Berlin 1846.

Unterholzner Lehre des R. R. von den Schuldverhältnissen B. 1. 2. Leipzig 1840 (B. 1. der allg. Theil).

Puchta Pandekten. 4te Aufl. Leipzig 1848. §. 218—410.

— — Vorlesungen. 2te Ausg. B. 2. Leipzig 1849. §. 218—240.

— — Curſus der Inſtitutionen B. 3. Leipzig 1847. §. 258—280.

Vangerow Pandekten B. 3. Neueſte Auflage. Marburg und Leipzig 1850.

Für das Rechtsſyſtem im Ganzen habe ich an einem anderen Orte das Bedürfniß geltend gemacht, von den beſonderen Lehren einen allgemeinen Theil auszuſcheiden, der als gemeinſame Grundlage derſelben dienen müſſe (a). Ein ähnliches Bedürfniß wiederholt ſich in jeder der beſonderen Hauptlehren des Syſtems, alſo in dem Obligationenrecht, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht. Es tritt aber ein eigenthümlicher Grund ein, weshalb ein ſolcher allgemeiner Theil im Obligationenrecht wichtiger iſt, und einen größeren Raum in Anſpruch nimmt, als in den übrigen genannten Hauptlehren.

Das Sachenrecht iſt auf eine kleine Zahl von Rechtsinſtituten eingeſchränkt, und jedes derſelben wird von beſonderen Regeln beherrſcht, die für gemeinſame Beſtimmungen nicht viel Spielraum übrig laſſen. In einer ähnlichen Lage befindet ſich das Familienrecht und das Erbrecht, ſo daß in allen dieſen Inſtituten die Rechtsbildung durch freie Willkür in enge Gränzen eingeſchloſſen iſt.

Eine andere Natur hat das Obligationenrecht. Die

(a) Syſtem des heutigen R. R. B. 1. § 58.

einzelnen Obligationen, die den besonderen Theil desselben bilden, sind zunächst ungleich zahlreicher und mannichfaltiger, als die einzelnen Institute des Sachenrechts und der übrigen genannten Hauptlehren. Aber selbst diese zahlreichen und mannichfaltigen Obligationen sind nur als einzelne Fälle zu betrachten, welche sich durch lange Erfahrung als besonders wichtig und häufig dargestellt haben. Neben denselben aber bleibt stets freier Raum für die Bildung neuer Obligationen, wie sie durch das wechselnde Bedürfniß der Zeiten, oder auch durch freie Willkür, herbeigeführt werden mögen. Für solche neu zu bildende Obligationen nun sind zunächst nur die Grundsätze des allgemeinen Theils maßgebend, welche daher, um dieser Aufgabe zu genügen, hinreichend ausgebildet sein müssen (b).

Der allgemeine Theil des Obligationenrechts wird hier in folgenden Vier Kapiteln dargestellt werden:

Kap. 1. Natur der Obligationen.
Kap. 2. Entstehung der Obligationen.
Kap. 3. Aufhebung der Obligationen.
Kap. 4. Rechtsschutz der Obligationen gegen Verletzung.

(b) Diese eigenthümliche Natur des allgemeinen Theils im Obligationenrecht, vorzugsweise vor anderen Haupttheilen des Rechtssystems, wird bemerklich gemacht von Puchta Pandekten § 218. und Vorlesungen § 218.

Erſtes Kapitel.

Natur der Obligationen.

§. 2.

I. Begriff der Obligationen.

Die allgemeine Natur der Obligation führt auf folgende Betrachtungen: I. Begriff. II. Arten. III. Perſonen. IV. Gegenſtand.

Der Begriff der Obligation iſt ſchon anderwärts in folgender Weiſe feſtgeſtellt worden (a). Sie beſteht in der Herrſchaft über eine fremde Perſon; jedoch nicht über dieſe Perſon im Ganzen (wodurch deren Perſönlichkeit aufgehoben ſeyn würde), ſondern über einzelne Handlungen derſelben, die als aus ihrer Freiheit ausſcheidend, und unſerm Willen unterworfen, gedacht werden müſſen. Die Entwickelung dieſes Begriffs muß gerichtet werden theils auf die Perſonen, welche in der Obligation ſtehen, theils auf die Handlungen, worauf die Obligation gerichtet iſt.

In jeder Obligation finden wir zwei Perſonen, die einander in ungleichem Verhältniß gegenüber ſtehen.

(a) Syſtem B. 1. § 53. S. 338. 339.

Auf der einen Seite erscheint die persönliche Freiheit erweitert über ihre natürliche Gränze hinaus, als Herrschaft über eine fremde Person; auf der anderen Seite erscheint die natürliche Freiheit eingeschränkt, als ein Zustand der Unfreiheit oder Nothwendigkeit (b). — Wir können diese entgegengesetzten Zustände der in der Obligation stehenden Personen als zwei verschiedene Thätigkeiten denken, deren eine in der Leistung des Schuldners, die andere in dem Zwang (der Klage) von Seiten des Glaubigers besteht. Jedoch muß in dieser Auffassung die Thätigkeit des Schuldners als die Hauptsache, als das eigentliche Wesen der Obligation, die des Glaubigers als das Untergeordnete, angesehen werden. Denn in der Obligation, wie in jedem Rechtsverhältniß überhaupt, besteht der gesunde, naturgemäße Zustand in der freiwilligen Anerkennung und Vollziehung des Rechts, so daß die Bekämpfung des Unrechts (der Zwang, die Klage) nur als die Beseitigung eines unnatürlichen Zustandes gedacht werden kann (c). So besteht auch das Wesen des Eigenthums zunächst nur in der unbeschränkten und ausschließenden Herrschaft der Person über die Sache, und es ist etwas Zufälliges, wenn diese Herrschaft in der Gestalt der Vindication gegen einen Verletzer erscheint.

(b) *L.* 108 *de V. S.* (50. 16) „Debitor intelligitur is, *a quo invito* exigi pecunia potest."

(c) Diese Unterscheidung, wodurch das Wesen der Obligation in die Leistung des Schuldners gesetzt wird, ist nicht ohne erhebliche praktische Folgen. Vergl. System B. 8. S. 201.

Die Handlungen, deren Nothwendigkeit das Wesen der Obligation bildet, wurden bezeichnet als einzelne, im Gegensatz der persönlichen Freiheit im Ganzen, und als ausscheidend aus der eigenen Freiheit des Handelnden. Beide Eigenschaften sind hier einer näheren Erwägung zu unterziehen (d).

Die Bezeichnung der Handlungen als einzelner ist nicht so zu beschränken, als ob durch jede Obligation stets nur eine einzige Handlung nothwendig werden könnte; sie kann vielmehr auch auf mehrere einzelne gerichtet seyn, ja auch auf solche, die eine fortgesetzte, zusammenhängende Thätigkeit darstellen. Nur müssen sie stets im Verhältniß zum ganzen Umkreis der Freiheit des Schuldners als ein Minimum erscheinen, weil nur durch dieses Verhältniß die in der Obligation enthaltene Unfreiheit gedacht werden kann, ohne die Persönlichkeit des Schuldners selbst aufzuheben. — Ein solches Verhältniß nun der zur Obligation geeigneten Handlung kann durch zweierlei, oft mit einander verbundene, Eigenschaften begründet werden. Zunächst durch ihren Umfang, indem in der That die meisten Obligationen auf ganz einzeln stehende, vorübergehende Handlungen gerichtet sind, wie Geldzahlungen. Dann durch ihre Dauer, indem meist die Erfüllung der Obligation ihre augenblickliche Auflösung herbeiführt, in welchen Fällen es augen-

(d) Ueber die Natur der zu einer Obligation geeigneten Handlungen vgl. Hegel Philosophie des Rechts §. 67. Puchta Cursus III. S. 2. 3, Pandekten § 220.

ſcheinlich iſt, daß das Ziel der Obligation nicht die Unfreiheit der Perſon an ſich, ſondern nur die Gewißheit des Erfolges ihrer Thätigkeit ſeyn ſoll. Ja auch in den ſeltneren Fällen, in welchen die Obligation auf fortgeſetzte Handlungen von unbeſtimmter Dauer gerichtet iſt, wie bei dem Mandat und der Societät, wird durch die Freiheit der Kündigung für die Aufrechthaltung jenes natürlichen Verhältniſſes der obligatoriſchen Handlungen geſorgt.

Der hier bemerkte Charakter dieſer Handlungen wird noch klarer hervor treten durch die Vergleichung mit den Servituten. Durch die Obligation wird die natürliche Freiheit der Perſon, durch die Servitut die natürliche Freiheit des Eigenthums beſchränkt. Und auch die Servituten werden nur innerhalb enger Gränzen zugelaſſen, damit das Eigenthum nicht mehr, als nöthig, durch grundloſe Willkür beſchränkt werde. Dieſe Gränzen beſtehen theils in der Dauer des Rechts, wie bei den perſönlichen Servituten (e); theils in dem Umfang, welcher bei den Prädialſervituten dahin beſtimmt iſt, daß ſie nur anerkannt werden, wenn die Ausübung derſelben dem benachbarten Grundeigenthümer einen Vortheil vermittelſt ſeines Grundſtückes, nicht einen rein perſönlichen Vortheil, gewährt (f).

In dieſen beiden Fällen liegt die gemeinſame Anſicht zum Grunde, daß die Beſchränkung der natürlichen Frei-

(e) *L.* 3 § 2. *L.* 56 *de usufructu* (7. 1). Vgl. System B. 1. § 56. d.

(f) *L.* 8 *pr. de serv.* (8. 1), *L.* 4. 5. 6 *de serv. pr. rust.* (8. 3).

heit (der Perſon oder des Eigenthums) nicht weiter, als es das wahre Bedürfniß des Verkehrs erfordert, durch Rechtsinſtitute anerkannt und geſchützt werden ſoll. Aus dieſer Anſicht erklärt ſich auch der Ausſpruch eines Römiſchen Juriſten, daß in zweifelhaften Fällen die Befreiung von einer Obligation begünſtigt, die Begründung derſelben nicht begünſtigt werden ſoll (g). Eine Rechtfertigung dieſes, ſcheinbar parteiiſchen, Ausſpruchs von einem rein praktiſchen Standpunkt aus, liegt aber noch darin, daß der Glaubiger (der Kläger), als der angreifende Theil, einen ungemeinen Vortheil über den Gegner dadurch genießt, daß es in ſeiner Macht ſteht, den Zeitpunkt der Klage früher oder ſpäter eintreten zu laſſen, ſo wie es gerade ihm nützlich, dem Gegner ſchädlich iſt. Dieſe wichtige praktiſche Rückſicht iſt auch ſchon bei dem Inſtitut der Klagverjährung beachtet worden (Syſtem B. 5. S. 271).

Die obligatoriſchen Handlungen wurden ferner bezeichnet als ausſcheidend aus der eigenen Freiheit des Handelnden. Von dieſer Seite betrachtet, erſcheint uns das Weſen der Obligation als eine Verwandlung ſolcher Handlungen, die bis dahin als zufällige und ungewiſſe künftige

(g) *L.* 47 *de O. et A.* (44. 7) „... Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum. Ubi de liberando, ex diverso, ut facilior sis ad liberationem.“ Vgl. auch *L.* 125 *de R. J.* (50. 17). — Praktiſche Anwendungen dieſer Anſicht werden unten an mehreren Stellen vorkommen, u. a. im § 19, ferner bei dem Erwerb der Obligationen durch fremde Perſonen.

Ereigniſſe gedacht werden mußten, in nothwendige und gewiſſe Ereigniſſe. Ja der ganze Zweck der Obligationen geht dahin, den Berechtigten in die Lage zu ſetzen, daß er auf den Eintritt dieſer Ereigniſſe mit Sicherheit rechnen könne.

Nur diejenigen Handlungen aber ſind zu Obligationen geeignet, die einen ſolchen äußerlichen Charakter annehmen können, und dadurch fähig werden, gleich den Sachen, einem fremden Willen unterworfen zu werden. Dazu aber wird vorausgeſetzt, daß dieſe Handlungen einen Vermögenswerth haben, oder einer Schätzung in Geld empfänglich ſind (h). So läßt ſich eine Verabredung mehrerer Menſchen denken, in regelmäßigen Zuſammenkünften ſich gegenſeitig in Wiſſenſchaft oder Kunſt auszubilden. Dieſe Verabredung wird vielleicht die äußere Geſtalt eines Vertrags an ſich tragen, aber eine Obligation auf die ſo verabredete Thätigkeit wird nicht entſtehen können.

Die Handlung, welche den Gegenſtand der Obligation bildet, wird noch mit einigen beſonderen Ausdrücken bezeichnet. Wir nennen ſie bald Leiſtung, bald Erfüllung. Der erſte Ausdruck bezieht ſich vorzugsweiſe auf die dem Schuldner obliegende Thätigkeit; der zweite vorzugsweiſe auf den Zuſtand, der durch die Obligation hervorgebracht werden ſoll, und deſſen Nothwendigkeit und Gewißheit als der Zweck der Obligation zu betrachten iſt.

(h) *L.* 9 § 2 *de statulib.* (40. 7) „... ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt“ ... Vgl. System B. 1. § 56. S. 369. 377.

§. 3.

I. Begriff (Fortsetzung). Kunstausdrücke.

Das hier dargestellte **Rechtsverhältniß** zwischen zwei Personen, in welchem die eine als (partiell) unfrei erscheint, wird mit dem Römischen Kunstausdruck obligatio bezeichnet (a). Dieser Ausdruck umfaßt also zwei an sich verschiedene, ja entgegengesetzte, Zustände, und es ist daher folgerecht, denselben sowohl auf die erweiterte Freiheit des Glaubigers anzuwenden (b), als auf die eingeschränkte Freiheit des Schuldners, für welche letzte regelmäßig der besondere Ausdruck: oportet von alter Zeit her gebraucht wird (c). Ja sogar beide Zustände neben einander werden

(a) *Pr. J. de oblig.* (3. 13) „Obligatio est *juris vinculum*, quo necessitate *adstringimur* alicujus solvendae rei." — *L.* 3 *pr. de O. et A.* (44. 7.) „Obligationum substantia . . in eo consistit . . . ut *alium nobis obstringat* ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum."

(b) *L.* 1 § 1 *de div. rer.* (1. 8) „ . . . ipsum jus successionis, et ipsum jus utendi fruendi, et *ipsum jus obligationis*, incorporale est." Gleichlautend ist § 2 *J. de reb. incorp.* (2. 2). *L.* 128 *de V. O.* (45. 1) „*suae* obligationis." — Ebenso entscheidend für diesen Sprachgebrauch ist der sehr häufige Ausdruck: *adquirere* obligationem, welcher unmittelbar das Recht der Forderung bezeichnet. *L.* 126 § 2 *de V. O.* (45. 1), *L.* 46 *pr. de j. dot.* (23. 3), § 4 *J. de inut. stip.* (3. 19), *rubr. Inst. III.* 28.

(c) *L.* 36 *de reb. cred.* (12. 1) „obligatio tua adversus me." — Eben so wird sogar der Ausdruck actio, der doch unmittelbar die Thätigkeit des Glaubigers bezeichnet, von dem (unfreien) Zustand des Schuldners gebraucht. *L.* 8 *quod cujusque univ.* (3. 4) „per *actiones debitorum civitatis*, agentibus satisfieri oportet." — Der alte Kunstausdruck für diese, den Schuldner bindende, Nothwendigkeit, besonders in den Klagformeln angewendet, ist oportet. *L.* 37 *de V. S.* (50. 16)

durch den gemeinsamen Ausdruck: obligatio bezeichnet (d). Nun giebt es außer jenem Rechtsverhältniß noch viele andere Fälle einer juristischen Nothwendigkeit: auf sie aber wird der Ausdruck obligatio regelmäßig nicht angewendet (e). So wird die Nothwendigkeit, fremdes Eigenthum anzuerkennen, der obligatio entgegengesetzt (f); eben so jede durch die freie Macht einer Obrigkeit begründete Nothwendigkeit (g); endlich auch die Nothwendigkeit, welche in

L. 76 § 1. *L.* 89. *L.* 125 *de V. O.* (45. 1), *L.* 27 *de nov.* (46. 2). Vgl. System B. 5. § 216. g. S. 80.

(d) § 1 *J. de duob. reis* (3. 16) „. . In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem, et omnes liberat."

(e) Ich will damit nicht gerade behaupten, daß durchaus keine Ausnahmen in dieser Richtung vorgekommen wären. So sagt Ulpian in *L.* 3 *pr. de cens.* (50. 15) „. . usque ad sexagesimum quintum annum *tributo capitis obligantur.*" Die Steuerlast war aber keine eigentliche obligatio, sondern eine publicistische Verpflichtung. Indessen läßt sich doch auch jede einzelne fällige Steuersumme als eine obligatio gegen den Steuerfiscus auffassen. Vgl. auch unten Note k am Ende.

(f) § 1 *J. de act.* (4. 6) „. . Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est . . . aut cum eo agit, *qui nullo jure ei obligatus est* . . . quo casu proditae actiones in rem sunt: veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet . . ."

(g) *L.* 7 *de annuis legatis* (33. 1) „. . . In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, *nec obligationem pariunt* . . . Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est: *sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci.*" Judex ist hier absichtlich, als abstracte Bezeichnung der Obrigkeit, gewählt. Zuweilen war es der Prätor, wie in dem kurz vorher angeführten Beispiel, wenn der Testator über die Erziehung der Kinder verfügt hatte; in anderen Fällen der Kaiser oder die pontifices, wenn die Verfü-

einem Rechtsſtreit durch das freie Ermeſſen des Juder herbeigeführt wurde, ohne daß der Gegner ein Klagerecht darauf hatte (h).

Der hier dargeſtellte Sprachgebrauch der Römer ſchließt ſich genau an die Rechtsbegriffe ſelbſt an. Es iſt beſonders wichtig, denſelben genau aufzufaſſen und feſtzuhalten, da ſeit langer Zeit folgende ſehr abweichende Auffaſſung große Verbreitung gefunden hat. In ihr werden folgende Grundbegriffe angenommen. Auf der einen Seite ſteht das Recht einer Perſon, als anerkannte, zu ſchützende Macht oder Herrſchaft, ohne Unterſchied der Gegenſtände und der Entſtehungsgründe. Dieſem Recht gegenüber ſteht die Pflicht, auch wohl Verpflichtung oder Verbindlichkeit genannt, als die in einer, oder mehreren, oder vielen Perſonen gedachte Nothwendigkeit, jenem Recht ſich zu fügen, es nicht zu verletzen. Das Recht heißt jus, die Pflicht obligatio. So entſpricht dem jus des Glaubigers die obligatio des Schuldners; eben ſo aber auch dem jus des Eigenthümers die obligatio aller übrigen Menſchen, das Eigenthum unverletzt zu laſſen.

gung auf Errichtung eines Denkmals gerichtet war. *L.* 50 § 1 *de her. pet.* (5. 3) Vgl. Majans. ad XXX. Ic. fragm. T. 1 p. 338. — In allen dieſen Fällen hatte die Obrigkeit ein ſehr freies Ermeſſen, ihre Macht auszuüben oder nicht.

(h) *L.* 49 § 1 *de act. emt.* (19. 1) „cum hae (usurae) *non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur.*“ *L.* 54 *pr. loc.* (19. 2), *L.* 58 *pr. ad Sc. Treb.* (36. 1). — In demſelben Sinn wird anderwärts die judicis potestas der *juris necessitas* entgegengeſetzt. *L.* 40 *pr. de jud.* (5. 1).

Diese Auffassung ist aus zwei verschiedenen Gründen verwirrend und tadelnswerth. Erstlich, indem die natürliche Verwandtschaft und Verschiedenheit der Rechtsbegriffe selbst dadurch verdunkelt wird. Zweitens durch eine Anwendung des Römischen Ausdrucks obligatio in einem Sinn, der den Römern völlig fremd ist, wodurch also die wahre Einsicht in den Inhalt unserer Rechtsquellen verhindert wird (i). Die wahre Bedeutung des Ausdrucks wird hier von der einen Seite zu sehr beschränkt, indem man ihn nur auf den Zustand des Verpflichteten, nicht auch auf den des Berechtigten, also auf das vollständige Verhältniß zwischen beiden Personen, anwenden will; von der anderen Seite zu weit ausgedehnt, indem er nicht blos für die dem Obligationenrecht (in dem oben bestimmten Sinn desselben) angehörenden Institute gelten soll, sondern auch für alle anderen Theile des Privatrechts, wie z. B. das Sachenrecht; ja sogar auch über die Gränzen des Privatrechts hinaus, indem man eben so von einer obligatio der Unterthanen gegen den Staat redet.

Dem hier erklärten Ausdruck: obligatio liegt zum Grunde das Bild des Bindens, und er ist daher gewählt,

(i) Hugo hat in mehreren seiner Schriften diesen Irrthum mit Eifer zu bekämpfen gesucht; besonders ausführlich in dem civilistischen Magazin B. 3 Num. XX. — Es konnte nicht fehlen, daß die hier gerügte falsche Auffassung und Terminologie auch in neueren Gesetzgebungen Eingang fand, die zur Zeit ihrer Herrschaft entstanden, wie namentlich im Preußischen Landrecht. Ausführlich handelt davon Koch Forderungen I. § 2.

um den Zustand des unfreien, oder gebundenen, Willens, anschaulich zu machen. Er steht im Zusammenhang mit einer Reihe verwandter Kunstausdrücke, die bald in verbaler, bald in substantiver Form, gebraucht werden: nectere und nexum, contrahere und contractus, solvere und solutio.

Als nahe verwandte Bedeutungen von obligatio können noch folgende erwähnt werden. Zuerst wird darunter auch verstanden der Entstehungsgrund jenes Rechtsverhältnisses, also die obligirende Handlung (k). — Ferner heißt die Verpfändung einer Sache obligatio, indem dadurch für die Sache ein ähnliches Verhältniß entsteht, wie das des Schuldners in der eigentlichen obligatio (l).

Der besondere Zustand der beiden Personen, die in der obligatio einander gegenüber stehen, wird bezeichnet durch die Ausdrücke creditor und debitor, creditum und debitum; und zwar sind diese Kunstausdrücke allgemein gültig, ohne Unterschied der Entstehung der Obligation (m). — Jedoch

(k) *L.* 1 § 21 *de tut. et rat. distr.* (27. 3) „In tutela *ex una obligatione* duas esse actiones constat." — Eben so in den Ausdrücken: verborum, literarum obligatio. — Desgleichen in *L.* 22 *C. de agric.* (11. 47) „tunc *ex utroque genere obligationis*, id est, tam scripturae, quam confessionis, vel depositionis, talem eum esse credendum, qualem se et scripsit, et inter acta deposuit." Allerdings ist das so entstehende Verhältniß eines Colonen keine obligatio im strengsten Sinn; die Stelle gehört aber auch in die Zeit von Justinian.

(l) So schon in der obligatio praediorum aus der Zeit von Trajan, und in vielen Stellen der alten Juristen; eben so auch *nectere* pignori, z. B. in *L.* 52 § 2 *de pactis* (2. 14), *L.* 27 *de pign. act.* (13. 7)

(m) *L.* 10. 11. 12 *pr.* 108 *de V. S.* (50. 16). — *L.* 3 *fam. herc.* (10. 2), *L.* 1 *de compens.* (16. 2).

gehört diese allgemeine Bedeutung jener Ausdrücke erst der vollständigeren Ausbildung des Römischen Rechts an, indem ursprünglich dieselben auf das Darlehen beschränkt waren (n). — Reus ist der gemeinsame Ausdruck für beide Personen (o).

§. 4.

I. Begriff (Fortsetzung). Verwandtschaften.

Es ist schon an einem anderen Orte darauf aufmerksam gemacht worden, wie wichtig es für die gründliche Einsicht in das Wesen der Rechtsinstitute ist, ihre wahren oder scheinbaren Verwandtschaften mit anderen Instituten zu erforschen (a).

Das Obligationenrecht nun erscheint uns in einer zweifachen Verwandtschaft: mit dem Familienrecht, und mit dem Sachenrecht, zwischen welchen beiden also es gewissermaßen in der Mitte steht.

Ueberwiegend auf den ersten Blick erscheint die Verwandtschaft mit dem Familienrecht, indem die Obligation, eben so, wie das Familienverhältniß, ein Band zwischen zwei bestimmten einzelnen Personen darstellt. Allein bei

(n) *L.* 20 *de jud.* (5. 1), *L.* 5 § 3 *de O. et A.* (44. 7). Eine deutliche Hinweisung auf diese Umbildung des Sprachgebrauchs findet sich in *L.* 10. 11 *de V. S.* (50. 16). — Vgl. System B. 5. S. 513.

(o) *pr. J. de duob. reis* (3. 16), *L.* 1 *L.* 16 *de duob. reis* (45. 2). Festus v. reus und v. contestari.

(a) System B. 1. Vorrede S. XXXVI.

genauerer Betrachtung tritt dieſe ſcheinbare Aehnlichkeit zurück vor der weit weſentlicheren Verſchiedenheit, indem der Inhalt der Obligation in der Unterwerfung einzelner Handlungen unter die Macht eines fremden Willens beſteht, der Inhalt der Familie dagegen in natürlich-ſittlichen Lebensverhältniſſen, die durch das freie Zuſammenwirken der einzelnen Familienglieder fortwährend gebildet und dargeſtellt werden ſollen (b).

Eine weit weſentlichere Verwandtſchaft dagegen muß behauptet werden zwiſchen den Obligationen und den Verhältniſſen des Sachenrechts, deren Grundlage das Eigenthum bildet. Zwar fehlt in dem Eigenthum die Erſcheinung der zwei einzelnen Perſonen, die zum Weſen der Obligation gehören. Dagegen kommen beide darin überein, daß die Obligation, wie das Eigenthum, in der Herrſchaft einer beſtimmten Perſon über ein Stück der äußeren Welt beſteht. Dadurch bilden beide zuſammen das Vermögensrecht, als deſſen coordinirte Theile ſie erſcheinen, und zwar in der Art, daß in dem Sachenrecht das trennende, in dem Obligationsrecht das verbindende Princip des Vermögensrechts enthalten iſt (c). Daneben aber finden ſich noch zwei nähere Beziehungen zwiſchen den Obligationen und dem Eigenthum. Die eine derſelben beſteht darin, daß die zu einer Obligation geeigneten Handlungen einer Schätzung in Geld empfänglich ſeyn müſſen (§ 2. h), die andere aber

(b) Syſtem B. 1 § 58. S. 387. (c) Syſtem B. 1 § 56. 58.

darin, daß die meisten und wichtigsten Obligationen keinen anderen Zweck haben, als den Erwerb eines Eigenthums, oder die Benutzung desselben, herbeizuführen (d).

Vergleichen wir das Obligationenrecht im Ganzen mit anderen verwandten Theilen des Rechtssystems, so treten uns folgende eigenthümliche Züge desselben als vorherrschend entgegen. In dem gesammten Rechtsverkehr der heutigen Zeit ist dem Einfluß des Obligationenrechts eine augenscheinlich fortschreitende Wichtigkeit, vor anderen Theilen des Rechts, zuzuschreiben, indem darin die Bedürfnisse und Richtungen der Gegenwart vorzugsweise ihre Befriedigung finden. — Ferner haben sich in dem Obligationenrecht die Rechtsbegriffe und Grundsätze der Römer, vorzugsweise vor anderen Rechtstheilen, in anerkannter Wirksamkeit erhalten (e). — Endlich zeigt das Obligationenrecht, vor anderen Theilen des Rechts, eine besondere Biegsamkeit. Die Willkür der die Rechtsverhältnisse bildenden Personen erscheint hier unbeschränkter, als im Sachenrecht und der Familie, so daß in diesem Theile des Rechts vorzugsweise der Sitz der blos vermittelnden Rechtsregeln zu suchen ist (f).

(d) System B. 1 S. 339. S. 372—374. Daselbst wird zugleich gewarnt gegen das übertriebene Gewicht, welches von manchen Schriftstellern dieser letzten Beziehung beigelegt wird, und welches dahin führt, das wahre Verhältniß zwischen beiden Rechtstheilen zu verdunkeln.

(e) Diese beiden Züge des Obligationenrechts sind treffend hervorgehoben von Puchta Vorlesungen § 218.

(f) Vgl. System Bd. 1 § 16.

Die hier zuletzt erwähnte Eigenthümlichkeit des Obligationenrechts führt noch auf eine besondere Betrachtung über die Stellung der juristischen Thatsachen zu den Obligationen. Der Begriff dieser Thatsachen ist bereits an einem anderen Orte aufgestellt worden (g). Zur vollständigeren Ausführung dieses Begriffs aber muß jetzt hinzugefügt werden, daß die juristischen Thatsachen überhaupt in zwei verschiedenen Functionen vorkommen.

Sie erscheinen zunächst in der allgemeinen, unentbehrlichen Function, als die thatsächlichen Bedingungen für die regelmäßige Anwendung der Rechtsregeln. So, wenn das Eigenthum erworben und verloren wird durch Uebergabe oder Ersitzung; eben so, wenn Obligationen begründet werden durch Verträge oder Delicte, aufgehoben durch Erfüllung oder Vertrag.

Außerdem aber erscheinen sie in der besonderen, mehr zufälligen Function, als thatsächliche Bedingungen für die willkürliche Umbildung der Rechtsregeln. Hierauf bezieht sich die bei neueren Schriftstellern sehr verbreitete Auffassung und Ausdrucksweise, welche in den Rechtsverhältnissen essentialia, naturalia und accidentalia unterscheidet (h). Dabei liegt die richtige Bemerkung zum Grunde, daß in den Rechtsverhältnissen dreierlei Zustände denkbar sind: 1. Solche, die nicht hinweggedacht werden können, ohne

(g) System B. 3 § 104.

(h) Averanius Interpret. L. 4 C. 12. Mühlenbruch § 104.

den Begriff des Rechtsverhältnisses selbst zu zerstören, wie z. B. bei dem Darlehen die Uebertragung des Eigenthums. 2. Solche, die mit demselben in der Regel verbunden sind, jedoch durch Willkür ausgeschlossen oder abgeändert werden können, wie z. B. die dem Verkäufer und dem Miether regelmäßig obliegende diligentia. 3. Solche, die mit demselben in der Regel nicht verbunden sind, jedoch durch Willkür damit verbunden werden können, wie z. B. eine Bedingung bei Verträgen, oder eine besondere Thätigkeit, die dem Verkäufer einer Sache noch außer der Uebergabe durch pactum adjectum auferlegt wird. In den zwei letzten Fällen nun kann die oben erwähnte umbildende Function juristischer Thatsachen vorkommen, die aber stets, wenn nicht die Begriffe verwirrt werden sollen, von der allgemeinen Function unterschieden werden muß, durch welche nur die regelmäßige Anwendung der Rechtsregeln begründet wird. Wenn z. B. ein Haus um 1000 verkauft wird, oder wenn ein Testator zwei Personen zu gleichen Theilen zu Erben einsetzt, so haben diese juristischen Thatsachen mit der Eintheilung in essentialia, naturalia und accidentalia Nichts zu schaffen.

Die hier aufgestellte Ansicht ist natürlicherweise auch schon von den Römischen Juristen anerkannt worden, und es ist nur noch festzustellen, wie sich ihre Kunstausdrücke dazu verhalten.

Die essentialia der neueren Schriftsteller werden bei den Obligationen von den Römern abwechselnd durch zwei

Ausdrücke bezeichnet. Zuerſt durch substantia, welches ganz unzweideutig iſt (i). Dann aber auch, und zwar noch häufiger, durch natura (k). Eben ſo wird von ihnen der Ausdruck natura auch bei den Servituten gebraucht, um das Weſen derſelben (die substantia) zu bezeichnen (l).

In weit mehreren Stellen aber werden auch die naturalia der Neueren durch natura bezeichnet, alſo Dasjenige, welches zwar in der Regel bei einem Rechtsverhältniß anzunehmen iſt, jedoch auch einer willkürlichen Abänderung unterworfen werden kann (m). Daher iſt denn der Aus-

(i) *L.* 72 *pr. de contr. emt.* (18. 1) „... emtionis substantia constitit ex pretio," d. h. das Weſen des Kaufvertrags iſt durch den bedungenen Kaufpreis feſtgeſtellt worden, ſo daß eine Abänderung des Preiſes einen neuen Vertrag bilden würde. — Eben ſo die obligationum substantia in *L.* 3 *pr. de O. et A.* ſ. o. § 3. a.

(k) *L.* 12 § 2 *quod metus* (4. 2) „propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit." *L.* 5 *in f. de fidejuss.* (46. 1) „.. quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut ... altera consumeretur." *L.* 9 § 1 *de duob. reis* (45. 2) „statum et naturam obligationis ... mutare non potest." Vgl. *L.* 14 § 13 *de relig.* (11. 7), *L.* 139 *de V. O.* (45. 1) „indivisa natura."

(l) *L.* 15 § 1 *de serv.* (8. 1) „Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis ... sed ut aliquid patiatur aut non faciat." Ganz unrichtig erklärt hier Averanius l. c. num. V. den Ausdruck natura für das Regelmäßige, aber einer willkürlichen Abänderung Unterworfene, und bezieht es auf die anomale servitus oneris ferendi, die allerdings auf ein poſitives Thun gerichtet ſeyn kann. Sollte in dem Sinn jener Stelle die natura Das bedeuten, welches die Neueren als die naturalia bezeichnen, ſo müßte in allen Servituten durch Willkür ein facere bedungen werden können, nicht blos ausnahmsweiſe in einem ſo einzeln ſtehenden, ſeltenen und geringfügigen Falle.

(m) *L.* 11 § 1 *de act. emt.* (19. 1) „quod si nihil convenit,

druck natura zweideutig, und macht eine besondere Vorsicht in der Auslegung der Rechtsquellen nöthig.

Manche neuere Schriftsteller haben auf die Fälle, worin die juristischen Thatsachen in einer die Rechtsregeln umbildenden Function erscheinen, den Namen Autonomie anzuwenden versucht. Gegen diesen Sprachgebrauch ist schon an einem anderen Orte Einspruch erhoben worden (n).

Die hier vorgetragene Erörterung über die verschiedene Function juristischer Thatsachen, und was damit weiter zusammenhängt, ist an sich selbst auf alle Theile des Rechtssystems anwendbar. Ich habe den Eingang des Obligationenrechts als die dafür passendste Stelle angesehen, weil in diesem Theile des Rechtssystems die umbildende Willkür den freisten Spielraum hat, und daher bei den Rechtsgeschäften, insbesondere bei den obligatorischen Verträgen (o), die häufigsten und wichtigsten Anwendungen jener Functionen vorkommen.

tunc ea praestabuntur, quae *naturaliter insunt* hujus judicii potestati." *L.* 5 § 4 *de praescr. verb.* (19. 5) „potest mandatum ex pacto etiam *naturam suam excedere.*" *L.* 27 § 2 *de pactis* (2. 14) „quotiens enim ad jus, quod *lex naturae ejus tribuit*, de dote actio redit"... Vgl. *L.* 7 § 5 *de pactis* (2. 14), *L.* 24 *in f. depos.* (16. 3), *L.* 21 § 3 *de test.* (22. 5).

(n) System B. 8 § 360. Noten a. b. c.

(o) System B. 3 § 104. 114. 140. 141.

§. 5.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Begriff.

A. D. Weber Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 1784, dann oft neu herausgegeben, u. a. Leipzig 1825. 8. (Ich citire nach der dritten Ausgabe 1800.)

A. F. E. Lelièvre quid est obligatio naturalis ex sententia Romanorum Lovanii 1826. 4.

L. de Pfordten de obligationis civilis in naturalem transitu Lips. 1843. 8.

Puchta Pandekten § 237, Vorlesungen § 237, Cursus B. 3 § 268.

Zur vollständigen Entwickelung des Begriffs der Obligation ist es nöthig, die Gegensätze darzustellen, die sich innerhalb der Gränzen desselben wahrnehmen lassen. Als solche Arten, in welche der Gattungsbegriff zu zerlegen ist, soll an diesem Orte nur die civilis und naturalis obligatio erwähnt werden. Zwar werden von anderen Schriftstellern noch mehrere Eintheilungen auf gleiche Linie gestellt, z. B. die in einseitige und gegenseitige, selbstständige und accessorische u. s. w. Die Natur derselben wird aber anschau-

licher, wenn sie nicht auf den Begriff der Obligation selbst, sondern auf die Entstehungsart der Obligationen, insbesondere auf die Verträge, als den wichtigsten Entstehungsgrund, bezogen werden.

Die Unterscheidung der civilis und naturalis obligatio steht in augenscheinlichem Zusammenhang mit dem an einem andern Orte dargestellten Gegensatz des jus civile und jus gentium (a). Sie ist also verwandt mit der Unterscheidung der civilen und natürlichen Erwerbungsarten des Eigenthums (b), so wie der civilen und natürlichen Verwandtschaft (c). Die allgemeine Anerkennung eines solchen Zusammenhangs ist jedoch hier um so weniger genügend, als derselbe gerade bei den Obligationen in verschiedenen Beziehungen vorkommt, die hier genau unterschieden werden müssen.

Zunächst bezieht sich die Unterscheidung der civilen und naturalen Obligationen auf den Ursprung derselben; ferner auf die persönliche Rechtsfähigkeit; endlich auf die Art und den Grad der Wirksamkeit. Alle diese Beziehungen sind mit einander verwandt, aber jede hat daneben ihre eigenthümliche Natur, und daher erfordert nicht blos die Bestimmung der Begriffe selbst, sondern auch die des Sprachgebrauchs, besondere Aufmerksamkeit.

(a) Vgl. über diesen Gegensatz: System B. 1 § 22.

(b) § 11 *J. de div. rerum* (2. 1).

(c) *L.* 4 § 2 *de grad.* (38. 10).

A. In Beziehung auf den Urſprung giebt es Obligationen, welche ſchon aus dem jus gentium herſtammen, andere, welche dem jus gentium fremd ſind, und erſt in dem Römiſchen jus civile ihre Entſtehung gefunden haben (d).

Dieſem Gegenſatz darf jedoch nicht die Bedeutung beigelegt werden, als ob die im jus gentium entſprungenen Obligationen dem Civilrecht fremd geblieben wären; ſie können vielmehr auch in dieſem anerkannt und beſtätigt ſeyn, ja die meiſten und wichtigſten Obligationen überhaupt ſind in der That beiden Rechtsſyſtemen gemeinſam (Note d). Demnach giebt es nach beiden Seiten hin zwei Klaſſen von Obligationen, die, obgleich in verſchiedenem Sinn, als Ausnahmen von dieſer Regel betrachtet werden können. — Nach der einen Seite hin ſind es die natürlichen Obligationen, welche im Civilrecht ausnahmsweiſe unbeſtätigt geblieben ſind; von dieſen wird ausführlich erſt bei der dritten Beziehung unſers Gegenſatzes (der Beziehung auf die Wirkſamkeit) geſprochen werden (§ 7). — Nach der anderen Seite hin ſind es die Obligationen, welche dem

(d) *L.* 84 § 1 *de R. J.* (50. 17) „Is *natura debet,* quem *jure gentium dare oportet,* cujus fidem secuti sumus.“ — § 2 *J. de j. nat.* (1. 2) „Ex hoc jure gentium *omnes pene contractus introducti* sunt, ut emtio venditio, locatio conductio, ... mutuum, et alii innumerabiles.“ — *L.* 5 *de just. et jure* (1. 1) „Ex hoc jure gentium . . . *obligationes institutae: exceptis quibusdam, quae jure civili introductae sunt.*“

Civilrecht allein ihren Urſprung verdanken, indem ſie dem jus gentium fremd ſind.

Gegenwärtig alſo ſind genauer zu betrachten: die den beiden Rechtsſyſtemen gemeinſamen Obligationen, und die dem Civilrecht allein angehörenden. Es würde aber unrichtig ſeyn, dieſe beiden Klaſſen als zwei gleiche Hälften zu betrachten, in welche ſich das ganze Obligationenrecht gleichſam zertheilte. Vielmehr müſſen die gemeinſamen als die überwiegende, vorherrſchende Regel betrachtet werden, ſo daß die blos civilen einen exceptionellen Charakter an ſich tragen (e). — Eben ſo würde es unrichtig ſeyn, mit dieſem Unterſchied eine verſchiedene Art der Wirkſamkeit in Verbindung zu bringen, etwa indem man annähme, daß die blos civilen Obligationen ſtrengere Klagen zur Folge hätten, als die, welche ſchon aus dem jus gentium herſtammen; denn bei dieſen letzten finden ſich Klagen der verſchiedenſten Art: prätoriſche Klagen, civile b. f. actiones, und Condictionen (f).

Es kommt nun hauptſächlich darauf an, die hier erwähnten zwei Klaſſen von Obligationen auf ſichere Weiſe von einander zu unterſcheiden; und in der That laſſen ſie ſich auf beſtimmte Grundſätze zurückführen.

(e) *L.* 5 *de just. et jure* (ſ. Note d).

(f) Das Darlehen entſpringt aus dem Jus gentium (§ 2 J. de j. nat. ſ. o. Note d.), und erzeugt dennoch eine condictio; eben ſo gehören die Condictionen aus grundloſer Bereicherung dem jus gentium an. *L.* 25 *rer. amot.* (25. 2).

Dem jus gentium gehören an alle Obligationen, die nicht auf willkürlichen Anordnungen beruhen, sondern auf der naturalis ratio, dem natürlichen Rechtselement (g). Dieses aber führt unzweifelhaft auf die Entstehung einer Obligation aus drei, von einander unabhängigen, Gründen:

Freier Wille des Schuldners (Vertrag).
Grundlose Bereicherung aus fremdem Vermögen (h).
Rechtsverletzung, insoweit die Delictsklage auf bloße Entschädigung geht.

Dem jus civile angehörend, und dem jus gentium fremd, sind folgende Obligationen.

a) Einige derselben fallen in das Gebiet des regelmäßigen Rechtsverkehrs. Dahin gehören die, welche auf willkürlichen, der eigenthümlichen Volkssitte angehörenden, Formen beruhen.

(g) System B. 1 § 15 S. 55.

(h) *L.* 25 *rer. amot.* (25. 2) „jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident." — *L.* 14 *de cond. ind.* (12. 6) „*natura aequum est*, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem." — *L.* 15 *pr. de cond. ind.* (12. 6) „Indebiti soluti condictio *naturalis est.*" *L.* 5 *pr. de auct.* (26. 8) „.. cum solus tutor mutuam pecuniam pupillo dederit, vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: *naturaliter tamen obligabitur* in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam D. Pius rescripsit." (Aus diesen letzten Worten ist es unzweifelhaft, daß hier das naturaliter obligari nicht eine unvollständige (klagloſe) Obligation bezeichnet, sondern gerade eine klagbare, deren Ursprung aber dem jus gentium zugeschrieben wird.) — Vgl. unten § 23. b. c. d.

Die literarum obligatio (durch das Hausbuch eines Römischen Bürgers).

Die nexi obligatio (durch aes et libra vor Fünf Zeugen).

Eigentlich müßte dahin auch die Stipulation gerechnet werden, da auch schon Frage und Antwort, als Form eines Vertrages, auf einer eigenthümlichen Volkssitte beruht. Davon wird sogleich weiter geredet werden.

Für alle diese Fälle jedoch muß eine zweideutige Natur anerkannt werden. Die positive Form derselben, mit der daran geknüpften besonderen Wirkung, ist juris civilis. Insofern aber der Wille der Parteien zum Grunde liegt, kann zugleich jedes Geschäft solcher Art, gleich einem formlosen Vertrag, dem jus gentium zugerechnet werden.

b) Andere fallen in das Gebiet des gestörten Rechtszustandes, und der zur Erhaltung oder Herstellung desselben dienenden Anstalten. Dahin gehört die rei judicatae obligatio. Denn so heilsam es ist, daß jedes rechtskräftige Urtheil unbedingt aufrecht erhalten werde, selbst auf die Gefahr eines wirklichen Unrechts, so ist doch dieser Grundsatz selbst als eine künstliche Anstalt des positiven Rechts zu betrachten, und nicht aus der naturalis ratio abzuleiten (i).

Ganz besonders aber gehören dahin alle Delictsklagen,

(i) System B. 6 § 280, B. 5 § 249. c.

insoweit dieselben nicht blos auf die Herstellung des Rechtszustandes durch Entschädigung, sondern auf Strafe gerichtet sind. Denn jede Strafe ist der naturalis ratio fremd, und beruht auf einer Anstalt des positiven Rechts, welches schon aus dem ganz willkürlichen Maße der Strafe unzweifelhaft hervorgeht.

Die genauere Betrachtung der dem jus civile angehörenden Obligationen führt zu der Ueberzeugung, daß ein befriedigender Rechtszustand ohne dieselben gedacht werden kann, so daß sie in gewissem Sinn als entbehrlich erscheinen. Auch sind die oben erwähnten Vertragsformen schon im Justinianischen Recht wirklich verschwunden. Und was die Strafen betrifft, so sind allerdings diese an sich unentbehrlich. Daß sie aber nicht blos im Criminalrecht vorkommen, sondern theilweise auch im Obligationenrecht, das beruht auf ganz positiven Rechtsanstalten, es hat sich schon im Justinianischen Rechte sehr vermindert, und im heutigen Rechte ist davon nur noch wenig übrig.

§. 6.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Begriff (Fortsetzung).

B. In Beziehung auf die persönliche Rechtsfähigkeit giebt es Obligationen, welche für Alle zugänglich sind, andere, wozu nur Römische Bürger die Rechtsfähigkeit haben.

Es gelten hier dieſelben Bemerkungen, welche ſchon bei der erſten Beziehung gemacht worden ſind (§ 5. e. f.). Es iſt nicht die Rede von zwei gleichen Hälften der Obligationen, vielmehr bilden die allgemein zugänglichen die überwiegende Mehrzahl, die auf Römer beſchränkten eine kleine Anzahl von Ausnahmen. Eben ſo iſt kein allgemeiner Unterſchied in der Wirkſamkeit, indem unter den allgemein zugänglichen Obligationen Fälle von der ſtrengſten Art der Wirkſamkeit vorkommen, wie z. B. das Geldbarlehen.

Ueberhaupt ſteht die erwähnte Unterſcheidung in der engſten Verbindung mit der zuerſt abgehandelten (§ 5). Es gilt nämlich die unbedingte Regel, daß alle aus dem jus gentium herſtammenden Obligationen zugleich für alle Menſchen, Peregrinen, wie Römiſche Bürger, gleich zugänglich ſind, ſo daß alſo die Bezeichnung einer juris gentium obligatio ſtets eine doppelte Bedeutung hat: die des Urſprungs, und die der allgemeinen perſönlichen Fähigkeit, in einer ſolchen Obligation zu ſtehen. So wird bei dem Darlehen ausdrücklich bemerkt, daß es in dem jus gentium ſeinen Urſprung habe (a), und daß es für Alle gleich zugänglich ſey (b), und beide Eigenſchaften werden mit demſelben Ausdruck bezeichnet. Eben ſo aber bezeichnet auch

(a) § 2 *J. de j. nat.* (1. 2), ſ. o. § 5. d.

(b) Gajus Lib. 3 § 132 „Unde proprie dicitur, arearii nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur: *quod genus obligationis juris gentium est.*“

juris civilis obligatio eine erſt im Civilrecht entſtandene, und daher nur dem Römer zugängliche Obligation (c). Hierdurch nun wird dieſer Theil der Unterſuchung ſehr vereinfacht, und es bedarf nur noch einiger näheren Beſtimmungen über die den Römern allein zugänglichen Obligationen.

Bei der literarum obligatio wird folgende Streitfrage erwähnt. Die Proculejaner verneinten jede Verpflichtung der Peregrinen aus dem nomen eines Römers: die Sabinianer verneinten ſie nur bei der transcriptio a persona in personam, ließen ſie aber gelten a re in personam (Note c). Der Zweifel überhaupt (nicht gerade dieſe beſondere Modification des Zweifels) möchte wohl auf folgende Weiſe zu erklären ſeyn. Dieſer ganze Contract beruhte auf der regelmäßigen Führung der Römiſchen Hausbücher, alſo auf einer den Römern ganz eigenthümlichen Sitte; daher konnte man ihn dem jus civile zurechnen, und die Peregrinen davon ausſchließen. Allein das Weſen deſſelben beſtand nicht in einer gemeinſamen Schrift beider Theile, ſondern in einer einſeitigen Schrift des Glaubigers, der expensilatio (nur mit Einwilligung des Schuldners): daher konnte man folgerecht annehmen, daß der Römer durch die in ſeinem

(c) Gajus Lib. 3 § 133 „Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, *quia quodammodo juris civilis est talis obligatio:* quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcripticium, etiam peregrinos obligari: si vero a persona in personam, non obligari.“

Hausbuch eingetragene expensilatio an einen damit einverſtandenen Peregrinen, dieſen zu ſeinem Schuldner machte. Daß der Peregrine keinen Römiſchen codex accepti et expensi führte und führen konnte, war für eine ſolche Verpflichtung kein Hinderniß (d).

Bei der nexi obligatio kann es keinen Zweifel haben, dieſelbe perſönliche Beſchränkung anzunehmen, wie bei der nahe verwandten Mancipation, alſo die Peregrinen ſchlechthin auszuſchließen (e). Ja, es könnte ſogar in Frage geſtellt werden, ob man die zur Mancipation, neben den Römiſchen Bürgern, zugelaſſenen Latinen, auch bei dem Nexum zugelaſſen habe, von welchem ja überhaupt ſo dürftige Nachricht übrig iſt.

Auch bei der Stipulation möchte man geneigt ſeyn, eine Beſchränkung auf Römer, mit Ausſchließung der Peregrinen, anzunehmen: theils, weil ſie ſich aus dem Nexum entwickelt hat (f), theils, weil ſie auch ſchon an ſich auf einer ganz poſitiven Form, zuſammenhangend mit einer eigenthümlich Römiſchen Volksſitte, beruhte. Hier aber hat das praktiſche Bedürfniß dazu genöthigt, die ſtrenge Conſequenz aufzuopfern, doch nicht ohne eine einzelne Erinnerung derſelben aufzubewahren. Die Stipulation war nämlich ſo allgemein der Mittelpunkt des ganzen Rechtsverkehrs geworden, daß bei der ſtets wachſenden Berührung

(d) Vgl. überhaupt Savigny vermiſchte Schriften B. 1. Num. IX.

(e) Gajus Lib. 1 § 119. S. 410. Ulpian. XIX. § 4. 5.

(f) Vgl. Syſtem B. 5 S. 538, und: Vermiſchte Schriften B. 2.

mit zahlloſen Peregrinen in und außer Rom, die Zulaſſung derſelben zur Stipulation faſt unentbehrlich wurde. So nahm man nun als feſte Regel an, die Stipulation ſowohl, als die Acceptilation ſey juris gentium geworden, das heißt, für Peregrinen wie für Römer gleich anwendbar; von dieſer Regel wurde als einzige Ausnahme beibehalten die Stipulation in der Formel: spondes? spondeo, theils als Andenken an die frühere Beſchränkung, theils, weil dieſes ohne Zweifel die in dem alten Nerum angewendete Formel geweſen war (g).

In dieſer Annahme eigenthümlicher, poſitiver Vertragsformen waren übrigens die Römer ſo conſequent und unparteiiſch, daß ſie auch bei den Peregrinen dergleichen anerkannten, die nur für ſie anwendbar waren, weil ſie auf ihrer beſonderen Volksſitte beruhten (h).

Daß die auf Strafe gerichteten Delictsklagen außer der naturalis ratio lagen, alſo dem jus civile zugerechnet werden mußten, iſt ſchon oben erwähnt worden (§ 5). Daraus mußte gefolgert werden, daß zwiſchen Römern und

(g) Gajus Lib. 3 § 93 „Sed haec quidem verborum obligatio: *dari spondes? spondeo*, propria civium Romanorum est: ceterae vero juris gentium sunt: itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos, valent." — ib. § 179 „.. si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, *cum quo sponsus communio non est, spondes* verbo stipulatus sim." — *L.* 8 § 4 *de acceptilat.* (46. 4) „hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio."

(h) Gajus Lib. 3 § 134 „... chirographis et syngraphis ... quod genus obligationis proprium peregrinorum est."

Peregrinen eigentlich keine Strafklagen im Sinn des alten ſtrengen Rechts gelten konnten. Und für dieſe Conſequenz findet ſich denn auch folgende merkwürdige Anerkennung. Praktiſch betrachtet, wäre es widerſinnig geweſen, den Peregrinen in Rom freien, ſtraſloſen Diebſtahl zu geſtatten, ſie alſo hierin zu privilegiren: eben ſo aber auch bei den Delicten, welche gegen Peregrinen verübt wurden. Man bewirkte die Ausgleichung jener Conſequenz mit dem unabweislichen Bedürfniß durch Fictionsklagen, indem man in die Klagformel die Fiction aufnahm, als ob der Peregrine (Kläger oder Beklagter) ein Römiſcher Bürger ſey, indem nun die Delictsklage unmittelbar auf denſelben anwendbar wurde (i).

(i) Gajus Lib. 4 § 37, wo dieſes Verfahren berichtet wird in Beziehung auf die civilis furti actio (aus den 12 Tafeln) und auf die actio legis Aquiliae. Daſſelbe galt ohne Zweifel auch bei den aus den 12 Tafeln abgeleiteten Injurienklagen. Bei den neueren Strafklagen, z. B. aus dem prätoriſchen Edict, wurden gewiß keine Fictionen in die Formeln aufgenommen, ſondern ſie wurden unmittelbar auf die Peregrinen angewendet, aber der Sinn dieſer Anwendung war derſelbe, wie der, welchen urſprünglich die Fiction ausgedrückt hatte. — Bei den Klagen aus der literarum obligatio, aus dem Nexum, und aus der Stipulation: spondes spondeo war kein Bedürfniß vorhanden, ſie durch Fictionen den Peregrinen zugänglich zu machen, und bei den vor dem praetor peregrinus verhandelten Klagen aus Darlehen, Kauf u. ſ. w. war gewiß niemals von Fictionsklagen die Rede, weil jene Klagen ſchon an ſich auf dem jus gentium beruhten.

§. 7.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Begriff (Fortsetzung).

C. In Beziehung auf die Art und den Grad der Wirksamkeit sind zu unterscheiden die klagbaren und die klaglosen Obligationen (civiles und naturales), und dieser Unterschied ist der wichtigste unter den dreien, ja die vorhergehenden sind hier überhaupt nur dargestellt worden, um diesen letzten in seinem vollen Zusammenhang zur Anschauung zu bringen.

Das Wesen der Obligation besteht in einem Zustand der Unfreiheit (§ 2). Die regelmäßige Weise, in welcher diese Unfreiheit, dieser Zwang, zur Ausführung gebracht wird, ist die Klage, und daher ist die klagbare (durch Klage geschützte) Obligation die eigentliche, wahre Obligation überhaupt. Es giebt aber Fälle, in welchen der Zwang nicht in dieser einfachen Weise bewirkt werden kann, indem sie nur auf indirecten zufälligen Wegen zur Ausführung zu bringen sind, und diese uneigentlichen Obligationen nennen wir die klaglosen (naturales).

Auch hier nun würde es wieder ganz unrichtig seyn, die klagbaren und klaglosen Obligationen als zwei gleiche oder fast gleiche Hälften des ganzen Gebiets der Obligationen zu betrachten. Vielmehr bilden die klagbaren Obligationen die weit überwiegende Regel, die klaglosen eine Reihe von (vergleichungsweise seltenen) Ausnahmen. Und

zwar ſteht dieſes Verhältniß beider Claſſen in folgender Verbindung mit dem oben (§ 5) dargeſtellten verſchiedenen Urſprung der Obligationen. Daſelbſt wurde angegeben, daß die Obligationen überhaupt ihren Urſprung haben theils in dem jus civile, theils in dem jus gentium, welche letzten die überwiegende Mehrzahl ausmachen. Dieſe Obligationen des jus gentium ſind wieder größtentheils im jus civile anerkannt, und ihre Anerkennung beſteht eben in der ihnen beigelegten Klagbarkeit. Einige derſelben ſind jedoch, wegen irgend eines entgegen wirkenden Umſtandes, durch welchen ſie mangelhaft werden, im Civilrecht nicht anerkannt, und dieſe verſagte Anerkennung zeigt ſich eben in ihrer Klagloſigkeit. Wenn daher dieſe letzten vorzugsweiſe naturales genannt werden (welches der weit überwiegende Sprachgebrauch iſt), ſo geſchieht dieſes in dem Sinn, daß ſie nur naturales ſind (a), anſtatt daß die meiſten übrigen zugleich eine Beſtätigung durch das Civilrecht erhalten haben. Es iſt alſo eine ganz ähnliche Ausdrucksweiſe, wie die, nach welcher der Käufer einer res mancipi durch die bloße Tradition die Sache tantum in bonis erhielt (b), anſtatt daß er ſie durch Mancipation

(a) *L.* 5 *pr. de pign.* (20. 1) „et vel pro civili obligatione, vel honoraria, *vel tantum naturali.*“ — *L.* 94 § 4 *de solut.* (46. 3) „Naturalis obligatio ... justo pacto ... ipso jure tollitur: quia *vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur*, conventionis aequitate dissolvitur.“

(b) Ulpian. I. § 16 „Qui *tantum in bonis*, non etiam ex jure Quiritium servum habet“ rel.

zwar ex jure quiritium erwarb, daneben aber zugleich auch in bonis hatte (c).

Daher wird denn civilis obligatio geradezu mit Klagrecht für gleichbedeutend genommen (d). Eben so wird im Fall der klaglosen Obligation auch wohl das Daseyn einer obligatio überhaupt verneint (e), eben weil sie nur eine uneigentliche ist. Der Berechtigte heißt in ihr nicht creditor (f), der Verpflichtete nicht debitor (g), welchen Namen er nur minus proprie, nur per abusionem, führt (h). Die Schuld selbst wird in diesen Fällen als indebitum bezeichnet (i).

Es bleibt nun noch übrig, den Sprachgebrauch, der

(c) Gajus Lib. 1 § 54 ... vel in bonis, vel ex jure Quiritium, *vel ex utroque jure* cujusquam servus esse intelligitur" rel.

(d) *L.* 5 § 1 *de praescr. verb.* (19. 5) „... dubium non est, nasci *civilem obligationem*: in qua actione id veniet" rel.

(e) *L.* 1 § 2. 4 *de pactis* (2. 14) „Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa: eleganter Aristo Celso respondit, *esse obligationem* ... et hinc *nasci civilem obligationem* .... Sed cum nulla subest causa, ... constat *non posse constitui obligationem.* Igitur nuda pactio *obligationem non parit,* sed parit exceptionem."

(f) *L.* 10 *de V. S.* (50. 16) „Quod si natura debeatur, *non sunt* loco creditorum." — *L.* 42 § 1 *de O. et A.* (44. 7) „Creditores eos accipere debemus, *qui aliquam actionem habent.*

(g) *L.* 108 *L.* 178 § 3 *de V. S.* (50. 16).

(h) *L.* 16 § 4 *de fidej.* (46. 1) (s. u. Note p.)

(i) *L.* 5 § 2 *de sol.* (46. 3) Hier werden *indebitae* genannt die Zinsen, die „ex pacto naturaliter debebantur." *L.* 28 *C. de pactis* (2. 3). — In der Lehre von der indebiti *condictio* gilt jedoch ein anderer Sprachgebrauch *L.* 64. *de cond. ind.* (12. 6) „debiti vel non debiti ratio in condictione *naturaliter intelligenda est.*"

bisher ſchon vielfach vorausgeſetzt und angewendet worden iſt, genauer feſtzuſtellen.

Civilis obligatio, civiliter obligari oder non obligari, bezeichnet die Klagbarkeit einer Obligation, ohne Unterſchied ihres Urſprungs (jus civile oder jus gentium). Dieſer Sprachgebrauch iſt bereits durch ganz entſcheidende Stellen nachgewieſen worden (Note d. e), und wird durch die folgende Darſtellung immer mehr bewährt werden. Nur in Einer Richtung findet ſich eine kleine Abweichung, die einer bloßen Nachläſſigkeit des Ausdrucks zugeſchrieben werden darf. Für die Anwendbarkeit des Begriffs einer civilis obligatio iſt es ganz gleichgültig, welcher Art die zuläſſige Klage ſeyn möge, ob eine civilis actio, eine honoraria actio, oder ein extraordinarium judicium (k). In einigen Stellen nun iſt nachläſſigerweiſe die eben erwähnte Bezeichnung der Klag-Arten auf die Obligationen übertragen worden, ſo daß nun von einer obligatio civilis oder honoraria geſprochen, und zuweilen ſogar die naturalis als ferneres Eintheilungsglied daneben geſtellt wird, anſtatt daß überall nur von einer obligatio civilis mit actio civilis oder honoraria geſprochen werden ſollte (l). — Allerdings wäre es ferner

(k) *L.* 10 *L.* 178 § 3 *de V. S.*, *L.* 42 § 1 *de O. et A.* (44. 7)

(l) *L.* 5 *pr. de pign.* (ſ. o. Note a), ferner: *L.* 1 § 1 *de nov.* (46. 2) „qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria.“ — *L.* 1 § 24 *de exerc.* (14. 1), *L.* 8 § 4 *de accept.* (46. 4), § 1 *J. de oblig.* (3. 13). Weit genauer, und völlig tadellos, iſt die Zuſammenſtellung in *L.* 40 *pr. ad Sc. Treb.* (36. 1): actiones, quae jure civili competunt, honorariae actiones, und causa naturalium obligationum.

denkbar, daß der Ausdruck civilis obligatio auch gebraucht worden wäre, um den Urſprung einer Obligation aus dem jus civile, im Gegenſatz des jus gentium (§ 5), auszudrücken. Allein in dieſer Bedeutung kommt genau jener Ausdruck niemals vor, und nur in nahe verwandter Weiſe ſagt einmal in einem ſolchen Falle Gajus: quodammodo juris civilis est talis obligatio (§ 6. c).

Naturalis obligatio, naturaliter debere oder obligari, bezeichnet die Klagloſigkeit oder unvollſtändige Wirkſamkeit einer Obligation. Auch dafür ſind entſcheidende Stellen bereits angeführt worden (Note a. f. i.), und weit mehrere werden noch nachfolgen, wodurch dieſe Bedeutung des Kunſtausdrucks nicht nur als richtig, ſondern auch als die regelmäßige und überwiegend vorherrſchende bewährt werden wird. Nur verhält es ſich hier darin etwas anders, als mit dem Ausdruck civilis obligatio, daß in mehreren Stellen naturalis obligatio auch gebraucht wird, um den Urſprung einer Obligation aus dem jus gentium zu bezeichnen, auch da wo dieſe Obligation in der That eine Klage erzeugt, alſo in anderem Sinne civilis genannt werden muß. — So wird einmal von der indebiti condictio geſagt, ſie ſey naturalis (m); augenſcheinlich nur in dem Sinn, daß dieſe (gewiß klagbare) Obligation ihren Urſprung

(m) *L.* 15 *pr. de cond. indeb.* (ſ. o. § 5. h). Hier wird der Ausdruck naturalis, der eigentlich der Obligation zukommt, auf die Klage übertragen, ſo wie umgekehrt in anderen Stellen der Ausdruck civilis ungenau von der Klage auf die Obligation übertragen wurde (ſ. o. Note l).

aus dem jus gentium herleite. — Ganz in demſelben Sinn wird in einer anderen Stelle von einer Obligation, die eine Klage wegen grundloſer Bereicherung erzeugt, der Ausdruck naturaliter obligabitur gebraucht (n). — Ferner ſpricht Paulus von einem Gelddarlehen, welches ſpäterhin in eine Stipulation eingekleidet wurde, und behauptet, daß der Glaubiger nicht nothwendig ſeine Forderung aus dem Darlehen habe aufgeben wollen. Dieſen Satz drückt er ſo aus: Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, *recessum a naturali obligatione* (o). Er nennt alſo hier das Darlehen eine naturalis obligatio im Gegenſatz der Stipulation, offenbar weil das Darlehen dem jus gentium angehörte (§ 6. a. b). Zwar könnte man in dieſer Behauptung einen Widerſpruch finden mit dem Umſtand, daß ja auch die Stipulation dem jus gentium zugezählt wurde; allein dieſes iſt doch nur wahr mit Ausnahme der Stipulation spondes spondeo (§ 6. g), und gerade von einer ſolchen Stipulation war in der angeführten Stelle des Paulus ausdrücklich die Rede („*spopondit* Flavius Candidus dominus meus"). Daher konnte ganz conſequenterweiſe dieſer Stipulation das vorhergehende Darlehen als eine naturalis obligatio entgegengeſetzt werden. — Beſonders wichtig aber ſind in dieſer Hinſicht zwei Stellen, die eine genauere Erwägung deswegen in Anſpruch nehmen, weil die richtige Erklärung derſelben

(n) *L.* 5 *pr. de auct.* (ſ. o. § 5. h).

(o) *L.* 126 § 2 *de V. O.* (45. 1).

öfter angefochten worden iſt. Die erſte Stelle, von Julian, lautet ſo (p): Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit: verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicuntur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores: et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. Der erſte Theil dieſer Stelle (bis non potest) findet ſich in den Digeſten nochmals, und zwar wörtlich (bis auf Kleinigkeiten) gleichlautend (q). Ich erkläre dieſe Stelle ſo: „Als naturales (d. h. aus dem jus gentium entſpringende) obligationes ſind nicht nur diejenigen anzuſehen, welche Klagen erzeugen (ſo wie die Mehrzahl derſelben, z. B. Kauf, Miethe, Darlehen), ſondern auch die, welche nur die Rückforderung einer (irrig geleiſteten) Zahlung ausſchließen. Denn auch die Schuldner (in den Obligationen dieſer zweiten Art) können als debitores, und zwar als naturales debitores, angeſehen und bezeichnet werden, wenngleich nicht eigentlich, ſondern nur mißbräuchlich.“ Dieſe Erklärung iſt im Weſentlichen auch ſchon von Anderen angenommen worden; dagegen hat man ihr folgende verſchiedene Erklärung entgegengeſetzt, nach welcher die ganze Stelle, in allen ihren Theilen, nur von klagloſen Obligationen reden

(p) *L.* 16 § 4 *de fidej.* (46. 1). Die zweite Hälfte der Stelle iſt ſchon oben benutzt worden, Note h.

(q) *L.* 10 *de O. et A.* (44. 7). Hier wird der Verfaſſer in den Handſchriften verſchieden angegeben: Paulus (Florent.), Ulpianus, Julianus.

soll (r). Der Sinn soll nämlich folgender seyn. „Nicht blos dadurch wird eine naturalis obligatio begründet, daß durch sie (zufällig) eine Klage entsteht, wie die Klage gegen den Pfandbesitzer oder den Bürgen, wenn sie gerade durch Pfand oder Bürgschaft bestärkt worden ist; sondern auch dadurch, daß die irrig geleistete Zahlung nicht zurückgefordert werden kann." Diese Erklärung muß ich verwerfen, weil der Ausdruck des Juristen (mit si und cum) auf verschiedene Fälle von Obligationen deutet, nicht auf verschiedene Wirkungen einer und derselben Art von Obligationen. Ferner ist zu beachten, daß die naturalis obligatio ihre Eigenschaft und Benennung nicht erst annimmt, wenn zufällig eine Bestärkung durch Pfand oder Bürgschaft, oder durch (irrige) Zahlung hinzugetreten ist, sondern daß ihr dieselben allgemein, und unabhängig von solchen Thatsachen, zukommen, blos deswegen, weil sie fähig ist, solchen Bestärkungen als sichere Grundlage zu dienen.

Zum Schluß dieser terminologischen Untersuchung muß noch der Sprachgebrauch mehrerer Schriftsteller erwähnt werden, welche das ganze Gebiet der Obligationen in folgende drei Classen zerlegen: mere civiles, mere naturales,

(r) Wangerow S. 5, zunächst anknüpfend an Unterholzner S. 12. 13; jedoch haben schon ältere Schriftsteller, in verschiedenen Wendungen, ähnliche Wege eingeschlagen, wie Weber natürl. Verbindlichkeit § 51, Glück B. 1 S. 188. 189. Ganz verwerflich freilich ist es, wenn Manche emendiren wollen: si actio aliqua earum nomine *non* competit. (Hotoman. obs. Lib. 3 C. 2). — Wesentlich übereinstimmend mit der hier vertheidigten Auffassung ist Puchta Pandekten § 237 Note c.

mixtae. Auf den ersten Blick möchte man glauben, dieser Sprachgebrauch stimme ganz überein mit der hier aufgestellten Ansicht. Denn auch ich habe die Behauptung aufgestellt, daß bei Weitem die meisten und wichtigsten Obligationen im jus gentium entsprungen, und zugleich im jus civile anerkannt sind (also mixtae), daß aber zu beiden Seiten dieser großen Masse zwei Classen sich finden, die gewissermaßen einen exceptionellen Charakter an sich tragen: die im jus civile entsprungenen, dem jus gentium fremden (mere civiles); auf der anderen Seite die im jus gentium entstandenen, vom jus civile nicht anerkannten (mere naturales). — Dennoch muß ich den erwähnten Sprachgebrauch völlig verwerfen. Zunächst allerdings, weil die gewählten Ausdrücke den Römischen Juristen durchaus fremd sind. Daneben aber auch deswegen, weil sich an die erwähnte Eintheilung manche, die Sache selbst betreffende, Irrthümer angeknüpft haben, deren völlige Zurückweisung freilich noch wichtiger ist, als die Ablehnung jener neuen, willkürlich gebildeten, Kunstausdrücke.

Man pflegt nämlich, in Verbindung mit jener Eintheilung, stillschweigend vorauszusetzen, die beiden Rechtssysteme, jus civile und gentium, ständen unabhängig und unvermischt neben einander. In der That aber müssen dieselben in gegenseitigem Einfluß auf einander, und dadurch verbunden zu Einem praktischen Ganzen, gedacht werden. Dieser Gegensatz zeigt sich in folgenden wichtigen Anwendungen.

Auf der Seite der ſ. g. obligationes mere civiles würde es unrichtig ſeyn, ſie ſo zu denken, als ob die Regeln des jus gentium darauf ohne Einfluß geblieben wären. Die Stipulation spondes spondeo gehörte unzweifelhaft zu dieſer Claſſe. Wenn nun eine ſolche Stipulation durch Betrug veranlaßt war, ſo wurde ſie durch die dem jus gentium angehörende doli exceptio eben ſo gewiß entkräftet, als wenn der Betrug einen Vertrag des jus gentium veranlaßt hätte (s).

Daſſelbe Verhältniß zeigt ſich auch auf der anderen Seite, und wird hier noch öfter verkannt. Die Geſetze, welche den Wucher oder das Spiel verbieten, ſind rein poſitiv und dem jus gentium völlig fremd. Dennoch würde es ganz unrichtig ſeyn, bei den durch ſolche Geſetze verbotenen Verträgen eine naturalis obligatio anzunehmen. Vielmehr greift hier das jus civile dergeſtalt in das jus gentium ein, daß die Wirkungen dieſes letzten entkräftet werden, da die Anerkennung des poſitiven Geſetzes ſelbſt zu den Regeln des jus gentium gehört (t). Jedoch bedarf

(s) Dieſe Regel iſt deutlich anerkannt in folgenden Stellen. *L.* 42 § 1 *de O. et A.* (44. 7) „Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem *vel civilem habent, sic tamen ne exceptione summoveantur,* vel honorariam actionem, vel in factum." *L.* 10 *de V. S.* (50. 16) „Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione vel persecutione, *vel jure civili; sine ulla exceptionis perpetuae remotione,* vel honorario, vel extraordinario." Vgl. oben Note f.

(t) Vgl. Syſtem B. 1 § 22 S. 116.

dieſer Satz noch einer näheren Beſtimmung. Nicht jede Regel des poſitiven Rechts hat die Folge, daß im Widerſpruch mit derſelben eine naturalis obligatio nicht beſtehen, und in ihrer (allerdings unvollſtändigen) Weiſe wirkſam ſeyn könnte. Vielmehr iſt dieſe Folge zu beſchränken auf diejenigen Geſetze, welche eine ſtreng poſitive, zwingende Natur an ſich tragen; die nähere Beſtimmung dieſer Claſſe von Geſetzen iſt von mir ſchon an einem anderen Orte, und zu einem anderen Zwecke, verſucht worden (u). Daher werden ſich denn auch in der folgenden Darſtellung einzelne Fälle der naturalis obligatio finden, in welchen das Daſeyn und die Wirkſamkeit derſelben durch eine entgegenſtehende Regel des Civilrechts nicht ausgeſchloſſen wird, wenn nämlich eine ſolche Regel jenen zwingenden Charakter nicht an ſich trägt.

§. 8.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Wirkung der naturalis.

Die naturalis obligatio wurde vorläufig als eine klagloſe bezeichnet (§ 7). Hätte ſie nun blos dieſe verneinende Eigenſchaft, ſo könnte ſie überhaupt nicht als Obligation, d. h. als Grund einer nothwendigen Leiſtung (§ 2), angeſehen werden. Daher mußten ihr auch poſitive Wirkungen zugeſchrieben werden, die nur vorläufig als indirecte

(u) Syſtem B. 8 § 349.

oder zufällige, im Gegensatze der Klagbarkeit, bezeichnet wurden. Diese Wirkungen der klaglosen Obligation sind nunmehr einzeln anzugeben.

Im Allgemeinen lassen sich dieselben so ausdrücken. Die klaglose Obligation ist fähig, die Leistung zu bewirken, wenn die thatsächlichen Umstände so beschaffen sind, daß die Erfüllungsklage entbehrt werden kann. Dieser allgemeine Grundsatz nun ist anwendbar auf folgende Fälle, die daher als einzelne Wirkungen der naturalis obligatio zu betrachten sind.

Solutum non repetere, Compensation, Aufrechnung im Peculium, accessorische Obligationen (Bürgschaft, Constitutum, Pfand, Novation) (a).

1. Solutum non repetere (b), oder mit anderen Worten: Ausschließung der condictio indebiti.

Diese erste Wirkung, die unter allen am häufigsten als Kennzeichen der naturalis obligatio angegeben wird, hat folgende Bedeutung (c).

Wenn Etwas in der Absicht hingegeben wird, dadurch eine Schuld zu tilgen, so hat diese Handlung in der Regel

(a) In einer allgemeinen Uebersicht sind diese Wirkungen schon an einem anderen Orte dargestellt worden: System B. 5 § 250. 251.

(b) Neuere Schriftsteller brauchen wohl auch den Ausdruck: soluti retentio. Dieser ist zwar nicht unrömisch gebildet (vgl. z. B. die retentiones ex dote), wird jedoch in dieser besonderen Anwendung von den Römern als Kunstausdruck nicht gebraucht.

(c) Schon anderwärts ist zu anderen Zwecken dieser Zusammenhang erörtert worden. Vgl. System B. 3 Beilage VIII. Num. XI., B. 5 Beilage XIV. Num. VII.

unabänderliche Wirkungen; der Schuldner wird frei von der Schuld, und das Gegebene geht bleibend in das Vermögen des Glaubigers über.

Wenn jedoch die erste dieser Wirkungen nicht entstehen kann, weil eine rechtsgültige Schuld nicht vorhanden war, so entsteht die Frage, ob die zweite Wirkung dennoch eintritt. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Hat der Geber gewußt, daß keine rechtliche Nothwendigkeit vorhanden sey, und dennoch aus besonderen Beweggründen geleistet, etwa aus Gewissenhaftigkeit, Ehrgefühl, Vorsorge für seinen Credit u. s. w., so bleibt die Leistung unwiderruflich, und das Geleistete gilt nun als geschenkt. Hat dagegen der Geber aus Irrthum eine gültige Schuld vorausgesetzt, so kann er das Gegebene mit der condictio indebiti zurückfordern, so daß also der Irrthum die Grundbedingung dieser Condiction ist (d).

Dabei nun entsteht die Frage, wie in dieser Lehre, bei der condictio indebiti, die gültige oder ungültige Schuld zu denken ist. Da sich die Condiction selbst auf das jus gentium gründet, so ist der Begriff der Obligation naturaliter aufzufassen, so daß also auch eine naturalis obligatio dazu hinreicht, die condictio indebiti unbedingt auszuschließen (e). Und zwar ist dieser Satz zu verstehen von einer irrig geleisteten Zahlung, also hauptsächlich von dem

(d) *L.* 1 § 1 *de cond. ind.* (12. 6), *L.* 53 *de R. J.* (50. 17)

(e) Die entscheidenden Stellen sind schon oben mitgetheilt worden § 5. h. und § 7. i.

Fall, da der Zahlende die klagloſe Obligation irrig für eine klagbare hielt; denn wenn er darüber nicht im Irrthum war, ſondern wiſſentlich zahlte, ſo iſt die Unwiderruflichkeit nicht mehr eine poſitive Wirkung der naturalis obligatio, da in dieſem Fall ſogar die für eine ganz nichtige Schuld geleiſtete Zahlung nicht widerrufen werden kann (Note d).

Die hier erklärte Bedeutung des solutum non repetere als der erſten und allgemeinſten poſitiven Wirkung der naturalis obligatio wird in vielen Stellen wörtlich und unmittelbar anerkannt (f). Es verſteht ſich dabei von ſelbſt, daß nicht in jeder dieſer Stellen der ganze, oben erklärte, Zuſammenhang der Gedanken, insbeſondere die Vorausſetzung eines Irrthums, wenn jene Wirkung von Einfluß ſeyn ſoll, wiederholt wird; ſtillſchweigend hinzugedacht iſt derſelbe überall.

Derſelbe Satz aber wird eben ſo beſtimmt in anderen Stellen durch den umgekehrten Ausdruck anerkannt, daß die condictio indebiti angewendet werden kann, wenn nicht einmal eine naturalis obligatio vorhanden, oder wenn eine ſolche wieder aufgehoben worden war (g); immer wieder

(f) *L.* 13 *pr. L.* 19 *pr. L.* 38 § 1. 2. *L.* 60 *pr. de cond. ind.* (12. 6), *L.* 3 § 7 *quod quisque juris* (2. 2), *L.* 50 § 2 *de pec.* (15. 1), *L.* 10 *de O. et A.* (44. 7), *L.* 16 § 4 *de fid.* (46. 1, ſ. o. § 7. p. q.), *L.* 5 § 2 *de sol.* (46. 3).

(g) *L.* 42 *pr. de jurej.* (12. 2), *L.* 38 *pr. L.* 41. *L.* 47 *de cond. ind.* (12. 6).

unter der ſtillſchweigenden Vorausſetzung, daß der Geber aus Irrthum, nicht wiſſentlich, geleiſtet habe.

2. Compenſation.

Im neueſten Recht beſteht der wichtige, durchgreifende Grundſatz, daß jeder Schuldner dem Glaubiger Dasjenige aufrechnen kann, was dieſer ihm gegenſeitig ſchuldig iſt, vorausgeſetzt, daß beide Obligationen auf Quantitäten, und zwar auf Quantitäten gleichartiger Gegenſtände (Geld gegen Geld, Weizen gegen Weizen u. ſ. w.) gerichtet ſind. Dieſer Grundſatz galt aber nicht von jeher, wenigſtens nicht in dieſer Allgemeinheit, und wurde erſt allmälig ausgebildet und anerkannt (h). Der Grund lag in der bloßen aequitas, dem jus gentium, und ſo war es natürlich, daß zu einer ſolchen Gegenrechnung nicht blos klagbare, ſondern auch klagloſe Obligationen benutzt werden konnten. In dieſer Anwendung bedurfte es keiner Klage, da die bloße Vertheidigung gegen die Klage des Gegners, alſo eine bloße Exception, ſchon hinreichte.

Daß nun in der That eine bloße naturalis obligatio zur Compenſation eben ſo tauglich iſt, wie eine civilis, wird in unſern Rechtsquellen ausdrücklich anerkannt (i).

3. Deductio aus einem Peculium.

Wenn ein Hausvater ſeinem Sohn oder Sklaven ein Peculium anvertraute, und dann Verträge mit denſelben

(h) Gajus Lib. 4 § 61—63, § 30. 39 *J. de act.* (4. 6).

(i) *L.* 6 *de comp.* (16. 2) „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.“ *L.* 20 § 2 *de statulib.* (40. 7).

ſchloß, ſo entſtanden daraus gegenſeitig wahre Obligationen, jedoch nur naturales obligationes, alſo ohne Klagerecht (k). Dieſe haben die Wirkung, daß ſie ſich ſtillſchweigend von ſelbſt bezahlen, durch bloße Rechnung und Gegenrechnung. Was alſo der Sohn dem Vater ſchuldet, bezahlt ſich von ſelbſt durch ſtillſchweigende Verminderung des Peculium; eben ſo die Schuld des Vaters, die als ſtillſchweigende Erhöhung gilt, gerade ſo, als ob der eine oder der andere baar gezahlt hätte (l). Daß nun für dieſe Wirkung die klagloſe Obligation ausreichte, iſt ſchon deswegen unzweifelhaft, weil innerhalb dieſes perſönlichen Verhältniſſes keine andere Obligation möglich war (Note k).

Es folgen nun die Wirkungen, welche in acceſſoriſchen Zuſätzen zu einer Obligation beſtehen.

4. Bürgſchaft.

Um eine ſolche möglich und vollſtändig wirkſam zu machen, iſt eine klagloſe Hauptſchuld eben ſo tauglich, wie eine klagbare, ſo daß alſo gegen den Bürgen eine Klage möglich iſt, auch wo der Hauptſchuldner nicht verklagt werden kann (m).

5. Conſtitutum.

Ganz daſſelbe, wie von der Bürgſchaft, muß auch von

(k) Vgl. Syſtem B. 2 S. 35. 36. 54.

(l) *L.* 9 § 2. 4 *de pec.* (15. 1), *L.* 38 § 1. 2 *de cond. ind.* (12. 6).

(m) *L.* 6 § 2, *L.* 8 § 3, *L.* 60 *de fid.* (46. 1), *L.* 42 *pr. de jurej.* (12. 2), *L.* 50 § 2 *de pec.* (15 1), *L.* 13 *pr. de cond. ind.* (12. 6), *L.* 7 § 1 *de exc.* (44. 1).

dem Conſtitutum] behauptet werden, und dieſe Wirkung iſt ſogar noch mannichfaltiger, indem ſie nicht blos auf das Conſtitutum einer fremden, ſondern auch auf das einer eigenen Schuld zu beziehen iſt, ſo daß alſo jede an ſich klagloſe Schuld durch ein bloßes Conſtitutum, d. h. durch ein formlos wiederholtes Verſprechen, in eine civilis obligatio verwandelt werden kann (n).

6. Pfandrecht.

Eine gültige Verpfändung iſt nur möglich unter Vorausſetzung einer gültigen Obligation. Jedoch iſt dazu eine klagloſe Obligation eben ſo tauglich, als eine klagbare (o), ſo daß alſo der Glaubiger, der gegen ſeinen Schuldner keine Schuldklage hat, durch Verpfändung eine hypothecaria actio gegen jeden Beſitzer des Pfandes erhält.

7. Novation.

Jede Obligation kann dadurch getilgt werden, daß in dieſer Abſicht eine andere Obligation an ihre Stelle geſetzt wird, welches nach Römiſchem Recht regelmäßig durch Stipulation geſchieht. Dieſe Umwandlung nun ſetzt, um vollſtändig wirkſam zu ſeyn, eine rechtsgültige erſte Obligation voraus; jedoch kann dieſe eben ſowohl eine klagloſe, als eine klagbare Obligation ſeyn (p).

(n) *L.* 1 § 7 *de pec. const.* (13. 5) „Debitum autem vel natura sufficit."

(o) *L.* 5 *pr. de pign.* (ſ. o. § 7. a), *L.* 13 *pr. de cond. ind.* (12. 6), *L.* 11 § 3 *de pign. act.* (13. 7).

(p) *L.* 19 § 4 *de don.* (39. 5), *L.* 1 § 1 *de nov.* (46. 2). Nach dieſer letzten Stelle ſoll es

Bei einem Rückblick auf dieſe verſchiedenen Wirkungen der klagloſen Obligation zeigt es ſich, daß in allen Fällen, worin durch die zufälligen Umſtände die Möglichkeit ſolcher Wirkungen herbeigeführt wird, der Gläubiger die Schuldklage in der That entbehren kann. In den drei erſten Fällen deswegen, weil er den Gegenſtand der Schuld auf einem anderen Wege ſchon wirklich erlangt hat (q); in den vier letzten Fällen deswegen, weil ihm das acceſſoriſche Rechtsverhältniß irgend eine andere Klage gewährt, die ihn zu demſelben Ziel, wie die Schuldklage, führt.

Die hier zuſammengeſtellten Wirkungen ſind nun ſo zu denken, daß jede naturalis obligatio in der Regel ſie alle hervor zu bringen geeignet iſt; imgleichen, daß, wo eine jener Wirkungen anerkannt iſt, in der Regel auch auf das Daſeyn der übrigen, ja der naturalis obligatio überhaupt, geſchloſſen werden kann. Dennoch iſt die Vereinigung aller dieſer Wirkungen nicht unbedingt und ohne Ausnahme zu behaupten. Es liegt vielmehr in der eigenthümlichen Natur einiger der hierher gehörenden Rechtsinſtitute, daß manche Wirkungen nicht zur Ausführung kommen können. Davon wird ſogleich bei den einzelnen Fällen der naturalis obligatio gehandelt werden.

genügen, wenn auch die zweite eine bloße naturalis obligatio iſt. Vgl. § 3 *J. quib. mod. obl. toll.* (3. 29).

(q) Zum Theil iſt Dieſes die Folge der Regel, daß die naturalis obligatio ſtets dazu tauglich iſt, eine Exception zu begründen. *L.* 7 § 4 *de pactis* (2. 14), *L.* 94 § 3 *de sol.* (46. 3).

§. 9.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Einzelne Fälle der naturalis.

Es ist schon oben bemerkt worden, daß die klagbaren und klaglosen Obligationen nicht als zwei gleich stehende Hälften der Obligationen überhaupt anzusehen sind, daß vielmehr die klagbaren die weit vorherrschende Regel bilden, die klaglosen nur eine Reihe von Ausnahmen dieser Regel, gegründet auf den mangelhaften Zustand einzelner Obligationen (§ 7). Diese einzelnen Obligationen sollen nunmehr zusammengestellt werden; einige derselben befinden sich von ihrer Entstehung an in einem solchen Zustand, andere werden erst durch ein späteres Ereigniß in denselben versetzt. Die Darstellung dieser Fälle kann, wie sich von selbst versteht, großentheils erst in der folgenden Entwickelung des Obligationenrechts ihren vollständigen Zusammenhang finden, hier also nur als eine vorläufige gelten.

Die Gründe solcher mangelhaften Zustände lassen sich auf folgende vier Classen zurückführen:

Mangelhafte Form bei der Begründung der Obligation.

Mangelhafte Rechtsfähigkeit oder Handlungsfähigkeit.

Strenge Consequenz des Civilrechts, die im jus gentium nicht anerkannt ist.

Eigenthümliche Verhältnisse des Klagenrechts.

A. Mangelhafte Form bei der Begründung der Obligation.

1. Ein Vertrag, der in der Form des nudum pactum geſchloſſen wird, da, wo eine Stipulation erforderlich geweſen wäre (a).

Daß in dieſem Fall kein Klagerecht entſteht, welches die negative Seite der naturalis obligatio iſt, wird in mehreren Stellen ſo deutlich geſagt, daß darüber niemals ein Zweifel aufkommen konnte (b). Dagegen bedarf das poſitive Daſeyn der naturalis obligatio, mit den im § 8 dargeſtellten praktiſchen Folgen, einer ſorgfältigen Beweisführung.

Betrachten wir dieſe Frage aus einem allgemeinen Standpunkt, nach der Natur des jus gentium überhaupt, ſo können wir an dem Daſeyn einer ſolchen Obligation nicht zweifeln. Denn der freie Wille des Schuldners, ſich zu verpflichten (§ 5), iſt augenſcheinlich vorhanden, und die fehlende Form der Stipulation, an ſich willkürlich und auf blos nationaler Sitte beruhend, iſt dem jus gentium

(a) Das Verhältniß dieſer beiden Formen der Verträge, alſo auch die Bedingung, unter welcher eine Stipulation erforderlich iſt oder nicht, kann erſt in der Lehre von den Verträgen feſtgeſtellt werden, wird alſo hier einſtweilen vorausgeſetzt.

(b) *L.* 7 § 4 *de pactis* (2. 14) „nuda pactio *obligationem non parit*, sed parit exceptionem.“ (Daß hier obligatio ſo viel heißt, als civilis obligatio, oder actio, iſt ſchon oben § 7. e. aus dem vollſtändigen Zuſammenhang dieſer Stelle nachgewieſen worden.) — *L.* 45 *eod.* „ad actionem . . . nudum pactum nulli prodesse potest.“ *L.* 28 *C. eod.* (2. 3).

völlig unbekannt (c). Auch wird gerade dieſe Annahme von den Römiſchen Juriſten in den beſtimmteſten Ausdrücken anerkannt (d).

Zu dieſen allgemeinen Gründen kommt aber noch der Ausſpruch der Römer über einen beſonders wichtigen einzelnen Fall. Zinſen für ein Gelddarlehen konnten nur durch Stipulation klagbar werden (e); wurden ſie durch formloſen Vertrag verſprochen, ſo entſtand daraus keine Klage. Dennoch wird für dieſen Fall ausdrücklich aner-

(c) Zwar iſt die Stipulation, mit einer einzigen Ausnahme, zur Erleichterung des Verkehrs, den Peregrinen zugänglich gemacht, und in dieſem Sinn in das jus gentium aufgenommen worden (§ 6 g). Dadurch konnte aber nicht dem formloſen Vertrag die Kraft einer Verpflichtung, die ihm nach dem jus gentium inwohnte, entzogen werden.

(d) *L.* 84 § 1 *de R. J.* (50. 17) (ſ. o. § 5. d). Die Worte „cujus fidem secuti sumus" bezeichnen gerade den Fall, da die Parteien ſich dem formloſen Vertrag anvertrauen, ohne die höhere Sicherheit der Stipulation hinzu zu fügen; und für dieſen Fall wird hier das natura debet angenommen. — *L.* 1 *pr. de pactis* „Hujus edicti *aequitas naturalis* est. Quid enim tam congruum *fidei humanae,* quam ea, quae inter eos *placuerunt,* servare?" Deutlicher kann man nicht ſagen, daß das jus gentium dem formloſen Vertrag verbindliche Kraft beilege. — *L.* 95 § 4 *de sol.* (46. 3) (ſ. § 7. a). Hier wird von dem formloſen pactum ausdrücklich geſagt, daß es *vinculo aequitatis* sustinetur, alſo gewiß durch das jus gentium. — Weniger entſcheidendes Gewicht will ich auf diejenigen Stellen legen, welche ſagen, das formloſe Pactum erzeuge eine Exceptio, ſo wie *L.* 7 § 4 *de pactis* (ſ. o. Note b), und *L.* 40 *de R. C.* (12. 1). Denn theils iſt exceptio nicht der genau bezeichnende Ausdruck für die poſitiven Wirkungen der naturalis obligatio (§ 8), theils kann bei dem parit exceptionem zunächſt an den auflöſenden Vertrag (pactum de non petendo) gedacht ſeyn, anſtatt daß hier nur von der Begründung einer Obligation die Rede iſt.

(e) Vgl. Syſtem B. 6 § 268.

kannt, daß ein naturale debitum entſteht (f); ferner, daß die gezahlten Zinſen nicht zurückgefordert werden können (g); endlich, daß für ein ſolches formloſes Zinsverſprechen ein gültiges Pfand gegeben werden kann (h). Dieſe beiden Folgen aber ſind oben (§ 8) als ſichere Kennzeichen für das Daſeyn einer naturalis obligatio nachgewieſen worden.

Dieſe Wirkung des formloſen Vertrags iſt denn auch zu allen Zeiten von den Meiſten unbedenklich anerkannt worden. Neuerlich aber wurde dieſelbe von Mehreren beſtritten (i), wodurch gegenwärtig ein genaueres Eingehen in dieſe Frage nöthig wird.

Der oben aufgeſtellte allgemeine Grund wird von Unterholzner in folgender Weiſe beſtritten. Wenn in einem Staat, ſo wie in Rom, eine poſitive Form der Verträge eingeführt ſey, ſo werde es für jeden Fall, in welchem zwei Parteien, mit Unterlaſſung jener Form, einen Vertrag

(f) *L.* 5 § 2 *de sol.* (46. 3) „... si sint usurae debitae, et aliae indebitae ... puta quaedam earum ex stipulatione, *quaedam ex pacto naturaliter debebantur*“ (ſ. o. § 7. i). Der Einwurf von Lelièvre p. 21, daß hier nur von naturaliter *deberi* die Rede ſey, nicht von naturalis *obligatio*, iſt ganz unerheblich, denn debitum iſt mit obligatio gleichbedeutend, inſofern das eine ohne das andere nicht gedacht werden kann (§ 3).

(g) *L.* 5 § 2 *de sol.* (46. 3) „... ex pacti conventione datae repeti non possunt“ ... *L.* 3 *C. de pactis* (2. 3).

(h) *L.* 11 § 3 *de pign. act.* (13. 7), *L.* 4. *L.* 22 *C. de usuris* (4. 32).

(i) Lelièvre p. 21. Meyerfeld Schenkungen S. 344—346. Unterholzner I. § 23. — Unter den älteren Schriftſtellern hat dieſe Meinung vertheidigt Giphanius lect. Altorph. p. 571. 572, aber mit ſchwachen Gründen; hauptſächlich, weil in keiner Stelle des R. R. wörtlich geſagt werde, daß eine naturalis obligatio aus dem nudum pactum entſtehe.

ſchließen, zweifelhaft, ob ſie die ernſtliche Abſicht gehabt haben, ſich zu binden, und dieſer Zweifel an der Ernſtlichkeit laſſe nicht einmal ein natürliches Schuldverhältniß zu. — Allein dadurch wird die Frage von dem Grundſatz ab, und in die bloßen Thatſachen hinüber geleitet, und dieſe werden ſich ſehr verſchieden geſtalten. Wenn zwei Römer einen formloſen Vertrag mündlich ſchloſſen, alſo unter Umſtänden, unter welchen ſie eben ſo leicht eine Stipulation ſchließen konnten, ſo wird vielleicht die ganz willkürliche Unterlaſſung dieſer kleinen Mühe den Zweifel veranlaſſen können, ob ſie den Vertrag ſchon jetzt feſt abſchließen, oder nur erſt vorbereiten wollten. Allein ſelbſt dieſer Zweifel wird oft durch die übrigen Umſtände völlig beſeitigt werden, z. B. durch die ganz beſtimmte Faſſung ihrer Worte, oder dadurch, daß es rechtsunkundige Landleute, oder Fremdlinge waren. Wenn aber vollends der formloſe Vertrag unter Abweſenden, durch Briefwechſel, und in ganz entſchiedenen Ausdrücken, geſchloſſen wurde, alſo in einem Fall, worin unter ihnen eine Stipulation unmöglich war, ſo verſchwindet jener Zweifel bis auf die letzte Spur. Dieſer Einwurf alſo vermag nicht, die Kraft der für meine Meinung aufgeſtellten allgemeinen Gründe zu vermindern.

Ferner ſollen die angeführten Stellen über die natürale Obligation aus einem formloſen Zinsvertrage Nichts beweiſen, weil darin blos eine einzelne Ausnahme von der Regel liege; dieſe Ausnahme aber rechtfertige ſich daraus, daß es die natürliche Billigkeit mit ſich führe, geliehenes

Geld zu verzinsen. Allein jene Stellen deuten auch nicht entfernt auf eine solche Ausnahme, oder auf eine solche angebliche Billigkeit, sie betrachten vielmehr das naturale debitum und die Möglichkeit einer rechtsgültigen Verpfändung als die reine Folge des nudum pactum an sich, gerade so, wie wenn von irgend einem anderen Inhalt des Vertrags die Rede gewesen wäre. Die von meinen Gegnern versuchte Behandlung jener Stellen beruht demnach auf einer ganz willkürlichen, gewaltsamen Auslegung, lediglich veranlaßt durch das Bedürfniß, eine vorgefaßte Meinung zu vertheidigen.

Außerdem aber haben jene Schriftsteller auch zwei positive Gründe für ihre Meinung geltend gemacht.

Zuerst den Ausspruch, daß der Schuldner, welcher auf eine Stipulationsfrage nicht mündlich, sondern blos durch Zunicken antworte, nicht einmal naturaliter verpflichtet werde (k); hier aber sey doch gewiß ein nudum pactum vorhanden. — Gerade Dieses muß verneint werden. Der Fragende hatte die Absicht, eine Stipulation abzuschließen, nichts Anderes; sich auf die unsichere Wirkung einer naturalis obligatio einzulassen, war gar nicht seine Absicht, und er mochte es vielleicht vorziehen, in ein solches Ge-

(k) *L.* 1 § 2 *de V. O.* (45. 1) „Si quis ita interroget: *dabis?* responderit: *quidni?* et is utique in ea causa est, ut obligetur. Contra si sine verbis adnuisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est, non obligari pro eo nec fidejussorem quidem."

ſchäft gar nicht einzugehen. Daher liegt hier Nichts vor, als eine verſuchte, aber nicht zu Stande gekommene Stipulation, und für ein nudum pactum fehlt die Einwilligung des Glaubigers.

Zweitens beruft man ſich auf die Innominatcontracte. Ein blos verabredeter Tauſch, ſagt man, iſt ein nudum pactum. Folgte nun aus einem ſolchen das solutum non repetere, ſo müßte der Theil, welcher zuerſt ſeine Sache hingab, dieſe nicht zurück fordern dürfen, indem er ſeine naturalis obligatio unwiderruflich erfüllt hätte. Bekanntlich gilt aber eine ſolche Rückforderung durch die condictio ob causam datorum, alſo ſoll der verabredete Tauſch eine naturalis obligatio nicht hervorgebracht haben.

Dieſer Grund, der nicht ohne Schein iſt, kann nur in einer zuſammenhängenden Darſtellung der Innominatcontracte, und beſonders der Geſchichte derſelben, völlig beſeitigt werden. An dieſer Stelle mögen einſtweilen folgende Bemerkungen genügen. Wer einen verabredeten Tauſch zuerſt erfüllt, giebt überhaupt nicht solvendi, ſondern obligandi causa, um eine Gegenleiſtung zu veranlaſſen. Die ganze Frage von der condictio indebiti und dem solutum non repetere kann alſo hier gar nicht vorkommen. Dieſe Frage paßt nur auf den Fall der beabſichtigten Zahlung einer irrthümlich vorausgeſetzten Schuld, welcher hier gar nicht vorhanden iſt. Der zuerſt Erfüllende iſt über das gegenwärtige Rechtsverhältniß völlig im Klaren, und kann alſo ſchon deswegen nicht mit der

condictio indebiti zurück fordern, auch ſelbſt wenn gar keine Obligation (nicht einmal eine naturale) vorhanden war. Er fordert zurück, weil ſeine Erwartung einer Gegenleiſtung bis jetzt unerfüllt geblieben iſt.

§. 10.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Einzelne Fälle der naturalis. (Fortſetzung.)

B. Mangelhafte Rechtsfähigkeit oder Handlungsfähigkeit.

2. Rechtsverhältniß zwiſchen Vater und Sohn. Obligatoriſche Handlungen zwiſchen beiden machen den Vater zum Schuldner des Sohnes, den Sohn zum Schuldner des Vaters. Eine ſolche Schuld aber iſt nicht klagbar (a), ſondern beſteht nur als naturalis obligatio. Insbeſondere iſt darauf anwendbar die ſtillſchweigende Tilgung durch Verminderung oder Erhöhung des Peculium, welche ganz von ſelbſt, ohne Zuthun der betheiligten Perſonen, eintritt (ſ. o. §. 8. Num. 3).

3. Rechtsverhältniß zwiſchen einem Herrn und ſeinem Sklaven.

Hier gilt dieſelbe Regel, wie zwiſchen Vater und Sohn (b). Durch Verträge wird der Herr Schuldner des

(a) *L.* 4. 11 *de jud.* (5 1), *L.* 16 *de furtis* (47. 2). Vgl. Syſtem B. 2 § 67.

(b) Vgl. Syſtem B. 2 § 65 und Beilage IV. (bezieht ſich auf dieſen und zugleich auf den folgenden Fall).

Sklaven (c), und umgekehrt. Beide Schuldverhältniſſe ſind klagloſe, jetzt ſowohl als nach der Freilaſſung. Ihr Daſeyn und ihre Rechtsgültigkeit wird nach denſelben thatſächlichen Bedingungen beurtheilt, nach welchen unter freien Menſchen eine klagbare Obligation entſteht (d).

Als Wirkung der Schuld zeigt ſich das solutum non repetere (e), und, eben ſo wie bei dem Sohne, die ſtillſchweigende Verminderung des Peculium (f).

4. Verpflichtungen eines Sklaven gegen eine fremde Perſon (Note b).

Auch hier entſteht eine klagloſe Obligation mit den oben erwähnten poſitiven Wirkungen. Insbeſondere wird erwähnt das solutum non repetere, die Compenſation, die Rechtsgültigkeit einer auf eine ſolche Schuld gegründeten Bürgſchaft, Verpfändung, Novation (g).

In dieſem Fall unterſcheidet ſich der Sklave vom

(c) *L.* 64 *de cond. ind.* (12. 6), *L.* 40 § 3 *de cond.* (35. 1).

(d) *L.* 49 § 2 *de pec.* (15. 1) „Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, *ex causa civili computandum est.*“ Daraus wird dann gefolgert, daß der Herr durch den bloßen Vermerk in ſeinem Rechnungsbuch, er ſey Schuldner des Sklaven, nicht einmal naturaliter Schuldner werde.

(e) *L.* 64 *de cond. ind.* (12. 6). Dieſe Ausſchließung der condictio indebiti, als eigenthümliche Wirkung der naturalis obligatio, kann ſich nur erſt nach der Freilaſſung zeigen, da vorher ohnehin keine Klage des Herrn denkbar iſt.

(f) *L.* 5 § 4 *de pec.* (15. 1), *L.* 9 § 2—8. *L.* 11 § 6—9. *L.* 15 *eod.*, *L.* 30 *pr. de act. emti* (19. 1).

(g) *L.* 14 *de O. et A.* (44. 7), *L.* 50 § 2 *de pec.* (15. 1), *L.* 13 *pr. de cond. ind.* (12. 6), *L.* 20 § 2 *de statulib.* (40. 7), *L.* 19 § 4 *de don.* (39. 5). Gajus Lib. 3 § 119.

Sohn, indem der filiusfamilias, jedem Fremden gegenüber, auch klagbare Schulden eingehen kann.

5. Verpflichtung eines Unmündigen ohne die auctoritas des Vormundes.

Dieſer Fall hat von der Zeit der Gloſſatoren an zu den größten Streitfragen im Römiſchen Recht gehört, wozu die (wirklich oder ſcheinbar) widerſprechenden Stellen der alten Juriſten Veranlaſſung gegeben haben. Zur Vorbereitung einer ſicheren Erklärung dieſer Stellen muß eine allgemeine Betrachtung über die Handlungsfähigkeit der Unmündigen, und zwar gerade in Beziehung auf Obligationen, vorausgeſchickt werden (h).

Nach dem jus gentium kann es blos auf den perſönlichen Entwickelungszuſtand des Einzelnen ankommen. Hat alſo Dieſer Einſicht in die Natur des Rechtsverhältniſſes und ſeiner eigenen Handlung, ſo wird er Schuldner, und eine beſtimmte Altersgränze, die ſtets eine ganz poſitive Natur hat, kann dabei keinen Unterſchied machen. Dieſe Regel iſt unzweifelhaft anerkannt und feſtgehalten worden im Criminalrecht, ſo wie bei den Obligationen aus Delicten; eben ſo auch bei den Geſchäftsobligationen aus

(h) Vgl. Syſtem B. 3 § 107. 108, wo dieſer Punkt in größerem Zuſammenhang behandelt iſt. — Als neuere Schriftſteller über dieſe Streitfrage, bei welcher zugleich die älteren in großer Zahl angeführt werden, ſind folgende zu bemerken: Glück B. 4. S. 62 fg. Weber S. 258 fg. Lelièvre nat. obl. p. 54—60. Rudorff Vormundſchaft II. S. 279. Göſchen Vorleſungen § 428. Vangerow 1. § 279. Puchta Pandekten § 237.

einem Dolus, welche eine delictartige Natur haben (Note m). Die Streitfrage beſchränkt ſich alſo auf die Geſchäftsobligationen, welche nicht mit einem Dolus verbunden ſind.

Für dieſe Obligationen nun hat das jus civile einen künſtlichen Schutz eingerichtet durch die Unterordnung des Unmündigen unter einen Tutor, welche mit der Pubertät aufhört, alſo an die ſchon erwähnte poſitive Gränze gebunden iſt, ohne Rückſicht auf den individuellen Entwickelungszuſtand. Dieſe Unterordnung hat in Beziehung auf die Geſchäftsobligationen (beſonders alſo bei Verträgen) folgenden Sinn. Der Unmündige kann eine Forderung erwerben (stipulari) für ſich allein, Schuldner werden (promittere) nur mit der auctoritas ſeines Vormundes (i).

Betrachtet man aber genauer die Bedeutung und den Zweck der ſo unterſcheidenden Regel, ſo geht ſie nur auf den Schutz des Unmündigen gegen möglichen Verluſt. Dieſe Betrachtung nun führt in natürlicher Entwickelung zu der verwandten weiteren Regel, daß der Unmündige ohne den Vormund auch Schuldner werden kann, wenn nur durch die Umſtände dafür geſorgt iſt, daß er keinen Verluſt erleidet, alſo inſoweit er durch das Rechtsgeſchäft bereichert iſt (locupletior factus); dann hat ſeine Verpflichtung, auch mit einem Klagerecht verbunden, kein Bedenken. Dieſe wichtige Regel wird auch in vielen Stellen aner-

(i) *L.* 9 *pr. de auct.* (26. 8), *pr. J. de auct.* (1. 29), in welchen Stellen dieſe Regel als eine unzweifelhaft feſtſtehende ausgedrückt iſt.

kannt, ja es iſt nirgend ein Widerſpruch dagegen ſichtbar. Sie kommt namentlich vor in folgenden Anwendungen.

Der Unmündige, der von dem Vormund ſelbſt ein Darlehen empfängt, oder ihm durch Stipulation Etwas verſpricht, wird deſſen klagbarer Schuldner, ſoweit er reicher iſt aus dem Geſchäft (k).

Eben ſo iſt es im Verhältniß zu fremden Perſonen bei dem Empfang eines Commodats (l) oder eines Depoſitum (m) von Seiten des Unmündigen.

Desgleichen, wenn der Unmündige fremde Geſchäfte ohne Auftrag führt, und daraus reicher iſt (n). Ferner, wenn er einen Inſtitor ernennt, und mit der institoria actio verklagt werden ſoll (o).

Dem gänzlichen Mangel der auctoritas ſteht in allen Fällen gleich die ungültige Ertheilung einer ſolchen (p).

In Vier der hier angeführten Stellen (Note k. l. n. p.)

(k) *L.* 5 *pr. de auct.* (26. 8), ſ. o. § 5. h. Gerade in dieſer Anwendung konnte die Klagbarkeit, wegen der eigenen Betheiligung des Vormundes, vorzugsweiſe bezweifelt werden.

(l) *L.* 1 § 2. *L.* 3 *pr. comm.* (13. 6).

(m) *L.* 1 § 15 *depos.* (16. 3) „... si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum, et si dolus non intervenit.“

(n) *L.* 3 § 4 *de neg. gestis* (3. 5) „Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum D. Pii conveniri potest in id, quod factus est locupletior: agendo autem, compensationem ejus, quod gessit, patitur.“

(o) *L.* 9. 10 *de instit.* (14. 3). — Einige allgemeinere Stellen, worin derſelbe Rechtsſatz anerkannt wird, ſind *L.* 8 § 15 *ad Sc. Vell.* (16. 1), *L.* 66 *de sol.* (46. 3).

(p) *L.* 1 *pr. de auct.* (26. 8).

wird zur Begründung dieſer Regel ein Reſcript des K. Pius angeführt. Das haben manche neuere Schriftſteller ſo aufgefaßt, als ſey dieſelbe erſt durch dieſes Reſcript entſtanden, alſo vorher und unabhängig von demſelben nicht vorhanden geweſen; gewiß unrichtig. Dieſes Reſcript, wie alle gewöhnliche Reſcripte, hatte nur die Natur einer großen Autorität, und wurde beſonders geltend gemacht, um jeden Irrthum oder Zweifel zu beſeitigen (q). Der Satz ſelbſt aber lag in der natürlichen Entwickelung der Condictionen, welche beſonders dazu dienten, jede zufällige grundloſe Bereicherung aus fremdem Vermögen anzufechten (r). Folgende Betrachtung wird uns überzeugen, daß der Satz niemals völlig verkannt werden konnte. Wenn ein Unmündiger aus einem empfangenen Gelddarlehen verklagt wurde, und die ganze Summe war entweder baar vorräthig (vielleicht nur mit anderem Gelde vermiſcht, welches die Vindication ausſchloß), oder es war dafür eine ſichere Schuldforderung erworben, oder ein werthvolles Grundſtück erkauft worden, ſo konnte der Vormund die Klage gegen den Pupillen nicht zurück weiſen, ohne ſich eines Dolus ſchuldig

(q) Vgl. Syſtem B. 1 § 24. Allerdings ſagt Ulpian in *L.* 3 § 4 *de neg. gestis* (3. 5) „pupillus ... *post rescriptum D. Pii* conveniri potest“ (Note n); allein dieſes iſt nur ein ungenauer Ausdruck, der uns nicht berechtigen kann, für die frühere Zeit das Gegentheil anzunehmen. Es ſollte nur geſagt werden, dieſes Reſcript laſſe keinen Zweifel übrig.

(r) Vgl. oben § 5. h. — Ferner: Syſtem B. 5 Beilage XIV. Num. VIII. — Endlich *L.* 14 *de cond. ind.* (12. 6) „Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.“ Eben ſo *L.* 206 *de R. J.* (50. 17).

zu machen. Das ganze Inſtitut der Vormundſchaft war ja nur eingeführt, um den Unmündigen zu ſichern, nicht ihm einen grundloſen Gewinn auf fremde Koſten zuzuwenden.

Sind nun auf dieſe Weiſe die Fälle beſeitigt, in welchen der Unmündige bereichert iſt, ſo bleiben für die ſtreitige Frage nur noch die Fälle übrig, worin er nicht bereichert iſt, ſo daß er lediglich durch die obligatoriſche Handlung an ſich, alſo zu ſeinem eigenen Schaden, verpflichtet ſeyn müßte. Hier iſt eine klagbare Obligation gewiß nicht vorhanden; ob aber eine naturale, klagloſe entſteht, mit ihren eigenthümlichen Folgen, das iſt die eigentliche Frage.

Es iſt ſchon oben erwähnt worden, daß die willkürlich angenommene Gränze der Pubertät für die anfangende Handlungsfähigkeit auf einer ganz poſitiven Anſtalt beruht, und dem jus gentium fremd iſt (s). Daher führt die Conſequenz dahin, die Entſtehung einer naturalis obligatio mit ihren beſonderen Folgen (§ 8) zu bejahen.

Von den Römiſchen Juriſten iſt dieſe Streitfrage theils verneint, theils bejaht worden.

Verneinend haben ſich nur zwei, aber ſehr unzwei-

(s) Allerdings ſagt Gajus Lib. 1 § 189, die Anordnung einer Vormundſchaft finde ſich bei allen Völkern, ſey alſo juris gentium. Allein von dieſem Inſtitut an ſich, welches die Verwaltung des Vermögens dem Unmündigen entzieht und dem Vormund überträgt, iſt noch ganz verſchieden die bis zur Gränze der Pubertät dem Mündel entzogene Fähigkeit zu Rechtsgeſchäften, und die künſtliche Ergänzung ſeiner Handlungen durch auctoritas.

deutig ausgeſprochen: Licinius Rufinus und Neratius. Der erſte ſagt (t): Pupillus mutuam pecuniam accipiendo *ne quidem jure naturali obligatur.* Der zweite aber (u): Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit (et) solverit, repetitio est: *quia nec natura debet.*

Beide verneinen ganz beſtimmt das Daſeyn einer naturalis obligatio; der zweite, indem er als Folge an dieſe Verneinung das solutum repetere anknüpft.

Beide unterſcheiden nicht, ob der Unmündige bereichert war oder nicht, könnten alſo, den Worten nach, ſo verſtanden werden, daß auch im erſten Fall jede Obligation, ſogar die naturale, verneint werden ſollte. Nach den oben aufgeſtellten Gründen kann Dieſes nicht angenommen werden, am wenigſten bei Licinius Rufinus, der erſt nach der Zeit des K. Pius gelebt hat. Die Stellen müſſen alſo verſtanden werden von den Folgen der Verträge an ſich, ſo daß die beſondere Folge der etwa hinzutretenden Bereicherung (die außer den Verträgen liegt) unberührt bleibt.

Die Bejahung der Frage findet ſich in einer großen Zahl von Stellen, und zwar gerade bei den in den Digeſten überwiegendſten Schriftſtellern: Papinian, Ulpian, Paulus.

Zur Erläuterung dieſer Stellen iſt voraus zu bemerken, daß in einigen das Daſeyn der naturalis obligatio unmittelbar anerkannt wird, in anderen dieſe oder jene

(t) *L.* 59 *de O. et A.* (44. 7). (u) *L.* 41 *de cond. ind.* (12. 6).

charakteriſtiſche Wirkung derſelben, in noch anderen beides neben einander. — Ferner wird in einigen das Daſeyn einer Bereicherung gar nicht erwähnt (alſo wörtlich unentſchieden gelaſſen), in anderen beſtimmt verneint. In jenen erſten alſo könnte man verſuchen, eine Bereicherung ſtillſchweigend vorauszuſetzen. Dann müßte freilich, nach der oben aufgeſtellten Lehre, ſtets eine civilis obligatio angenommen werden, und wenn dennoch in unſern Stellen eine naturalis obligatio behauptet wird, ſo müßte dieſer Ausdruck nicht auf die Wirkung der Obligation, ſondern auf den Urſprung der Obligation, bezogen werden, welcher ſeltnere Sprachgebrauch jedoch ohne beſondere Gründe nicht leicht anzunehmen iſt (v).

Beſonders klar, den Gegenſatz hervorhebend, iſt eine ſchon oben angeführte Stelle des Ulpian (w), deren Inhalt kurz dieſer iſt. Wenn ein Unmündiger fremde Geſchäfte ohne Auftrag führt, ſo ſind zwei Fälle zu unterſcheiden: er iſt entweder bereichert, oder nicht. So weit

(v) Ich bemerke Dieſes ſchon vorläufig in Beziehung auf die Meinung von Puchta, die in der Hauptſache dahin geht, daß unſere Streitfrage verneint werden müſſe, und daß die in mehreren Stellen behauptete naturalis obligatio zu verſtehen ſey von einer wegen (ſtillſchweigend vorausgeſetzter) Bereicherung klagbaren Obligation, die nur wegen ihres Urſprunges naturalis genannt werde. Ich ſelbſt habe oben dieſen Sprachgebrauch angewendet zur Erklärung der *L.* 5 *pr. de auct.* (§ 5. h); hier aber war die Annahme deſſelben dadurch wohl begründet, ja durchaus nothwendig, weil in derſelben Stelle die Obligation für klagbar erklärt wird.

(w) *L.* 3 § 4 *de neg. gestis* (3. 5), abgedruckt oben in der Note n.

er bereichert iſt, kann er verklagt werden (in id quod *factus est locupletior*); ſo weit er nicht bereichert iſt, alſo nur die Handlung an ſich, als Grund einer Obligation, in Betracht kommt (quod *gessit*), gilt gegen ihn keine Klage. Wenn aber er in dieſem Fall auf Koſtenerſatz klagt, ſo muß er ſich wegen ſeiner nachtheiligen Handlungen die Compenſation gefallen laſſen (indem dieſe eine Folge der bloßen naturalis obligatio iſt, die übrigens Ulpian nicht ausdrücklich erwähnt).

Eben ſo entſcheidend iſt eine Stelle des Scävola (x). Wenn ein Pupill ohne Zuziehung des Vormundes einen Sklaven zu geben durch Stipulation verſpricht, und dafür einen Bürgen ſtellt, ſo geht gegen ihn ſelbſt keine Klage (nulla petitio est); dagegen iſt der Bürge klagbar verpflichtet. Dieſes Letzte nun iſt ein ſicheres Kennzeichen der naturalis obligatio (§ 8), ſo wie die Verneinung der Klage gegen den Pupillen unzweifelhaft zeigt, daß dieſer, nach der Vorausſetzung des Scävola, nicht bereichert war.

Papinian führt folgenden Fall an (y). Ein Pupill empfängt ohne Vormund ein Darlehen; er ſtirbt, und der Glaubiger wird ſein Erbe. Wenn nun dieſer Erbe mit

(x) *L.* 127 *de V. O.* (45. 1).

(y) *L.* 95 § 2 *de sol.* (46. 3) „... non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequitur, *sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet.*“ — Auch in dem § 4 derſelben Stelle wird ausgeſprochen, daß ein Pupill (durch ſeine Verträge) in eine naturalis obligatio eintritt, und es wird daraus gefolgert, daß die Auflöſung der Hauptſchuld durch Erlaßvertrag oder Eid ipso jure die Obligation zerſtöre, alſo auch den vom Pupillen geſtellten Bürgen befreie.

dritten Perſonen in Berührung kommt (etwa Legataren oder Fideicommiſſarien), ſo kommt es gar nicht darauf an, ob und wie weit der Pupill durch das Darlehen bereichert war, ſondern der Erbe rechnet ſich die ganze Summe als eine (durch Confuſion) bezahlte Schuld an. Augenſcheinlich wird hier die Schuld ſelbſt, ohne Bereicherung, als naturalis obligatio anerkannt.

Gleichfalls bei Papinian findet ſich folgender Fall (z). Ein Pupill empfängt ohne Vormund ein Darlehen, durch welches er nicht bereichert wird. Der Glau-

(z) *L.* 25 § 1 *quando dies* (36. 2) „... si *petitor* ad praesens debitum verba retulit, quia nihil ejus debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti *naturalem obligationem et futuram solutionem* cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit: non secus ac si ita dixisset, Titio dato quod pupillus solverit.“ — Puchta (und ſchon vorher Andere) erklärt die Stelle von den verſchiedenen möglichen Gedanken des Teſtators, alſo von einer nothwendigen Auslegung des Teſtaments; allein der Ausdruck petitor, der alles Folgende regiert, kann doch nur gezwungen auf den Teſtator bezogen werden, da der creditor nur dann petitor heißt, wenn eine Klage bereits angeſtellt oder doch beabſichtigt iſt; daher will auch Gothofred ganz willkürlich emendiren: Teſtator. Es iſt aber vielmehr die Rede von den verſchiedenen Gedanken und Entſchlüſſen des Legatars, der gleich jetzt eine Klage verſuchen könnte, und in dieſer Beziehung richtig petitor genannt werden würde. — Uebrigens kann man über den hier bezeichneten Gegenſatz möglicher Erklärungen verſchiedener Meinung ſeyn; darin liegt aber auch nicht das entſcheidende Moment unſerer Stelle. Dieſes liegt vielmehr in der ausdrücklichen Anerkennung einer naturalis obligatio. Dagegen ſucht ſich Puchta durch die Annahme zu retten, dieſer Ausdruck werde hier nicht in dem eigentlichen, juriſtiſchen, Sinn gebraucht, ſondern in einem blos factiſchen, nämlich in dem Sinn eines ſcheinbaren Vertrags, der gar keine rechtliche Folgen habe, ſondern nur ſpäter durch die wiſſentliche Zahlung zufällig wirkſam werden könne. Allein

biger legirt dieſe Forderung dem Titius. Wenn Titius das Legat wie ein gewöhnliches nomen legatum anſehen, und gegen den Erben einklagen will, ſo iſt er abzuweiſen, weil keine gegenwärtige Schuld, die ihm cedirt werden könnte, vorhanden iſt. Dagegen iſt das Legat nicht wirkungslos, wenn es der Legatar betrachtet als auf die naturalis obligatio gerichtet, und daher in ſeiner Wirkſamkeit bedingt durch die etwa künftig von dem Pupillen (willkürlich, vielleicht ſelbſt irrig) zu leiſtende Zahlung. Sobald dieſe Zahlung eingeht, kann der Legatar das Geld von dem Erben einfordern. — Hier iſt das Daſeyn der naturalis obligatio wörtlich ausgeſprochen, und zugleich in einer ihrer wichtigſten Wirkungen, dem solutum non repetere (§ 8), anerkannt.

Ulpian ſagt, eine gültige Novation ſetze voraus, daß die nachfolgende Stipulation entweder civiliter oder naturaliter gültig ſey. Als Beiſpiel des letzten Falles erwähnt er die Promiſſion des Pupillen ohne Genehmigung des Vormundes (aa). Hier iſt es nun ganz einleuchtend, daß

jede ſolche Annahme iſt verwerflich, wenn ſie durch keine anderen Gründe unterſtützt wird, als durch das Bedürfniß, eine vorgefaßte Meinung dadurch zu retten.

(aa) *L.* 1 § 1 *de nov.* (46. 2) „qualiscunque obligatio .. novari verbis potest, dummodo sequens obligatio *aut civiliter teneat, aut naturaliter: utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.*“ — Auch anderwärts ſagt Ulpian, daß aus der einſeitigen Promiſſion des Pupillen ein wahres debitum entſtehe, dahin wirkſam, daß darauf ſpäter eine rechtsgültige Novation gegründet werden könne, ſo daß die ſpätere Promiſſion nicht den Charakter einer Schenkung an ſich trage. *L.* 19 § 4 *de don.* (39. 5).

er einen Vertrag ohne Bereicherung vorausſetzt, da er ſonſt civiliter gültig wäre; ferner, daß hier das naturaliter teneat nicht den Urſprung aus dem jus gentium bedeuten kann, ſondern nur die unvollſtändige Wirkſamkeit, weil nur zu dieſer der Gegenſatz einer promissio, quae *civiliter tenet*, paßt.

In demſelben Sinn ſagt Paulus: Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur *jure civili* (d. h. mit der Wirkung einer Klage) (bb). Und derſelbe Juriſt beurtheilt folgenden Rechtsfall (cc). Ein Pupill empfängt ein Darlehen ohne Genehmigung des Vormundes. Der Glaubiger legirt dem Schuldner einen Sklaven unter der Bedingung, daß er jene Schuld bezahlen werde. Wird nun die Zahlung geleiſtet, ſo hat dieſe Leiſtung eine zwiefache Wirkung: erſtlich als Erfüllung der Bedingung, zweitens als Tilgung der naturalis obligatio (die alſo hier anerkannt wird). Dieſe zweite Wirkung iſt von der erſten ſo unabhängig, daß ſelbſt, wenn das Legat ungültig wird, das gezahlte

(bb) *L.* 43 *de O. et A.* (44. 7). — Wenn daher anderwärts derſelbe Paulus ſagt, der Pupill, der durch ein empfangenes Darlehen reicher werde, könne das zurückgezahlte Geld nicht zurück fordern (*L.* 13 § 1 *de cond. ind.* 12. 6), ſo darf darauf nicht das argumentum a contrario angewendet werden, weil ſonſt Paulus ſich ſelbſt widerſprechen würde. Vgl. Note cc.

(cc) *L.* 21 *pr. ad L. Falc.* (35. 2). Eine ganz ähnliche Entſcheidung des Marcianus findet ſich in *L.* 44 *de sol.* (46. 3). — Auch in einer anderen Stelle erkennt Marcianus an, daß aus dem Gelddarlehen an einen Pupillen eine wahre naturalis obligatio entſtehe, welche unter andern mit der ganzen Erbſchaft des Pupillen an einen Fideicommiſſar übertragen werden könne. *L.* 64 *pr. ad Sc. Treb.* (36. 1).

Geld doch nicht zurück gefordert werden kann (Kennzeichen der naturalis obligatio ſ. o. § 8).

Pomponius entſcheidet folgenden Rechtsfall (dd). Ein Pupill wird in Anſpruch genommen wegen eines ohne den Vormund empfangenen Darlehens, und ſchwört nun einen zugeſchobenen Eid dahin ab, se dare non oportere. Dadurch wird die naturalis obligatio getilgt, und die ſpäterhin (aus Irrthum) geleiſtete Zahlung kann zurück gefordert werden. Geht aber der Eid nur auf die fehlende auctoritas, nicht auf den Empfang des Darlehens ſelbſt, ſo bleibt die naturalis obligatio beſtehen, und der geſtellte Bürge kann auch ferner verklagt werden. — Hier iſt alſo unzweideutig anerkannt die aus dem bloßen Vertrag entſtehende naturalis obligatio, und indem dieſe in unmittelbare Verbindung geſetzt wird mit den bekannten Wirkungen des solutum non repetere, und der gültigen Bürgſchaft, ſo folgt daraus, daß jener Ausdruck in ſeinem eigentlichen gewöhnlichen Sinn genommen werden muß, gleichbedeutend mit einer klagloſen Obligation, nicht mit einer aus dem jus gentium herſtammenden klagbaren Obligation, ſo daß alſo der Juriſt entſchieden ein Darlehen ohne Bereicherung vorausſetzt.

Endlich ſpricht Gajus von einem ohne den Vormund

(dd) *L.* 42 *pr. de jurejur.* (12. 2). Von dem Fall des erſten Eides wird geſagt: „naturalis obligatio hac pactione tolletur, ut soluta pecunia repeti possit;“ von dem Fall des anderen Eides aber: „hoc casu fidejussorem praetor non tuebitur.“

promittirenden Pupillen. Dieſer, ſagt er, ſey non obligatus (nämlich civiliter), wohl aber könne für ihn ein sponsor wirkſam eintreten. Eben ſo ſagt er an einem andern Orte, die Promiſſion eines Pupillen ohne Vormund ſey zwar obligatio nulla (nämlich civiliter), aber ſie könne doch als Novation eine frühere Obligation tilgen (ee). Beides erkennt unzweideutig eine klagloſe Obligation an, mit den bekannten poſitiven Wirkungen derſelben (§ 8).

Faſſen wir die hier zuſammengeſtellten Ausſprüche in einen allgemeinen Ueberblick zuſammen, ſo finden wir zwei Stellen, welche die Streitfrage verneinen, viele andere (und gerade von Seiten der größten Juriſten), welche ſie bejahen. Von der Gloſſe an hat man nun geſucht, dieſen Widerſpruch in bloßen Schein aufzulöſen, und durch Unterſcheidungen zu beſeitigen. So ſollte die Bejahung auf das etwas höhere Alter des Pupillen, die Verneinung auf das niedere Alter gehen (pubertati, infantiae proximi). Oder die Bejahung auf dritte Perſonen, die Verneinung auf den Pupillen ſelbſt. Dieſe und ähnliche Verſuche der Vereinigung ſind ganz willkürlich und ohne Grundlage in den Stellen ſelbſt; manche werden in den oben dargelegten

(ee) Gajus Lib. 3 § 119. 176. Das obligatio nulla est iſt aus dieſer letzten Stelle wörtlich übergegangen in den § 3 *J. quib. mod. toll. obl.* (3. 29), und muß alſo daſelbſt eben ſo erklärt werden.

Rechtsfällen unmittelbar widerlegt. Neuerlich ist die verneinende Meinung für allgemein wahr ausgegeben worden, so daß die in vielen Stellen anerkannte naturalis obligatio von Fällen der Bereicherung verstanden werden soll, worin der Ausdruck gebraucht werde mit Rücksicht auf den Ursprung der Obligation, nicht auf ihre (unvollständige) Wirkung (ff). Ich habe gesucht, diese Meinung durch Erklärung der hier einschlagenden Stellen zu widerlegen.

Eine unbefangene Betrachtung führt also zu der Ueberzeugung, daß eine Vereinigung jener Stellen in der That nicht möglich ist, daß wir vielmehr hier einen unaufgelösten Streit der Römischen Juristen vor uns haben, der aus Versehen in die Digesten mit aufgenommen worden ist. Im Sinn der Justinianischen Gesetzgebung müssen wir die bejahende Meinung vorziehen; nicht nur wegen der überwiegenden Zahl von Zeugnissen, sondern weil auf dieser Seite die anerkannt größten unter den Römischen Juristen stehen, und weil zugleich die innere Consequenz für dieselbe spricht (Note s). Auch haben mehrere neuere Schriftsteller diesen Weg eingeschlagen (gg).

(ff) Puchta Pandekten §237. Einige, dieser Meinung ungünstige, Stellen sucht er auf gezwungene Weise durch Erklärung zu beseitigen; andere läßt er unberührt.

(gg) Rudorff und Göschen s. o. Note h. Auch Glück stellt diese Entscheidung an die Spitze, geht aber dann wieder in die Distinctionen seiner Vorgänger auf seine gewohnte Weise ein, und giebt so den Vortheil jener Entscheidung wieder auf.

Indeſſen lohnt es doch der Mühe, zu unterſuchen, wie die verneinende Meinung mancher Römiſchen Juriſten entſtanden iſt. Für dieſe Meinung ließe ſich vom praktiſchen Standpunkt aus Vieles ſagen, ſo daß, wenn jetzt die Frage von einer neuen Geſetzgebung wäre, dieſelbe wohl vorzuziehen ſeyn möchte. Durch die poſitive Anordnung einer Vormundſchaft ſollen die Unmündigen gründlich geſchützt werden gegen ihren Mangel an Erfahrung und an Feſtigkeit des Charakters, durch welchen ſie in großen Nachtheil kommen können, auch wenn ſie entwickelt genug ſind, um das vorliegende Geſchäft völlig zu verſtehen, welches nach natürlicher Betrachtung (alſo nach dem jus gentium) zu ihrer Handlungsfähigkeit hinreicht. Wendet man Das an auf die von ihnen ohne den Vormund geſchloſſenen Verträge, ſo war es eine halbe Maßregel, ſie blos gegen die Klage zu ſchützen, es aber dem Zufall zu überlaſſen, ob ſie nicht durch die poſitiven Wirkungen der naturalis obligatio dennoch in Schaden kommen würden. Es war dann praktiſcher, durchzugreifen, die oben erwähnte Conſequenz aufzuopfern, und ihren Verträgen auch ſelbſt die Wirkungen einer naturalis obligatio zu verſagen. In einem ganz ähnlichen Fall iſt es ja in der That ſo geſchehen. Die Bürgſchaften der Frauen werden durch das Sc. Vellejanum entkräftet. Dieſe Anſtalt iſt dem jus gentium fremd, und es hätte alſo ſolchen Bürgſchaften die Kraft einer naturalis obligatio, vermöge der oben erwähnten Conſequenz, beige-

legt werden können. Dennoch sind hier die positiven Wirkungen der naturalis obligatio versagt worden (hh).

Auf der anderen Seite aber darf man auch nicht die aus diesem Zustande hervorgehenden Gefahren übertreiben. Seit der neueren Entwickelung der Restitution ist dieselbe, welche ursprünglich nur für die (mündigen) Minderjährigen eingeführt war, auch auf die Unmündigen ausgedehnt worden (ii). Diese Restitution nun würde den Unmündigen Schutz für die Fälle gewähren, in welchen sie durch die aus ihren Handlungen entspringende naturalis obligatio in Gefahr eines Verlustes kommen möchten, so z. B. wenn die oben von Ulpian erwähnte Compensation (Note n) gegen sie geltend gemacht werden sollte.

So steht die Sache im Justinianischen Recht. Was die heutige Anwendung betrifft, so kann diese nicht hier, sondern nur in der Lehre von der Vormundschaft untersucht und festgestellt werden. Es ist dabei besonders zu beachten, daß für uns der Unterschied der Tutel von der Curatel der Minderjährigen, also auch die Eigenthümlichkeit der auctoritas, verschwunden ist. Die Folgen dieser Veränderung, worüber verschiedene Ansichten möglich sind, bedürfen einer genauen und sorgfältigen Untersuchung. Aus dieser allein wird zu erkennen seyn, ob und in welcher

(hh) *L.* 40 *pr. de cond. ind.* (12. 6), *L.* 2 *quae res pign.* (20. 3), und andere Stellen.

(ii) Vgl. System B. 7 § 322.

Weiſe das ſo eben dargeſtellte Rechtsverhältniß im heutigen Recht anwendbar iſt.

6. Verpflichtung eines Sohnes in väterlicher Gewalt aus einem Gelddarlehen. Sc. Macedonianum.

In dieſem Fall beſteht eine naturalis obligatio (kk), indem die Exception aus dem Senatsſchluß nur gegen die Klage gerichtet iſt, dieſe mag übrigens gegen den Sohn ſelbſt angeſtellt werden (vor oder nach Auflöſung der väterlichen Gewalt), oder gegen den Vater als actio de peculio.

Auch treten hier die gewöhnlichen Folgen der naturalis obligatio (§ 8) ein.

Zuerſt alſo das solutum non repetere (ll).

Ferner die Rechtsgültigkeit einer Bürgſchaft; jedoch kann in der Regel auch der Bürge, wenn er verklagt wird, auf die Exception ſich berufen; er kann es nämlich in allen Fällen, in welchen er den Regreß gegen den Hauptſchuldner hat. Aber auch dann wirkt ſeine Verpflichtung, ganz wie die des Hauptſchuldners, als naturalis obligatio, ſo daß auch der Bürge das Gezahlte nicht zurück fordern darf (mm).

Eben ſo die Gültigkeit einer Verpfändung für dieſe

(kk) *L.* 10. *L.* 18 *de Sc. Mac.* (14. 6).

(ll) *L.* 9 § 4. 5 *de Sc. Mac.* (14. 6), *L.* 26 § 9. *L.* 40. *pr. de cond. ind.* (12. 6), *L.* 14 *de R. C.* (12. 1), *L.* 19 *de nov.* (46. 2).

(mm) *L.* 9 § 3. 4. *L.* 10. *L.* 11. *L.* 18 *de Sc. Mac.* (14. 6).

Schuld; nur hat der Beſitzer, eben ſo, wie der Bürge, die Exception (nn).

Endlich auch die Zuläſſigkeit einer Novation (oo).

Fragt man nach dem Grunde dieſer eigenthümlichen Beſtimmung, ſo iſt es zunächſt einleuchtend, daß dieſes ganze Verbot rein poſitiv, dem jus gentium fremd, iſt. Allein ganz dieſelbe Bewandtniß hat es mit dem, ohnehin ſehr ähnlichen, Sc. Vellejanum, neben welchem jedoch die naturalis obligatio nicht aufrecht erhalten iſt (Note hh). Es ſcheint alſo, daß man glaubte, bei dem poſitiven Verbot gegen dieſes Darlehen weniger ſtreng eingreifen zu müſſen. Ohnehin ſollte daſſelbe gelten ohne Rückſicht auf Betrug, Wucher, Verſchwendung oder irgend eine Beſchädigung des Sohnes, alſo auch in ganz unſchuldigen Fällen. Es war ſo allgemein gefaßt worden, nur um die wirklich gefährlichen, vielleicht ſtrafbaren Fälle ſo viel ſicherer mit zu treffen und abzuwehren. Für die Verhütung ſolcher Fälle aber konnte ſchon die bloße Verſagung der Klage ausreichend ſcheinen, da ſich der Wucherer ſchwerlich auf ein Geſchäft einlaſſen wird, das nur in den Wirkungen der naturalis obligatio einen höchſt zufälligen und unſicheren Schutz finden könnte.

(nn) *L.* 2 *quae res pign.* (20. 3).

(oo) *L.* 19 *de nov.* (46. 2), *L.* 20 *de Sc. Mac.* (14. 6).

§. 11.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Einzelne Fälle der naturalis. (Fortſetzung.)

C. Strenge Conſequenz des Civilrechts, die im jus gentium nicht anerkannt iſt.

7. Es folgen nun einige Fälle, in welchen die ſtrenge Conſequenz des Civilrechts zu einer Härte führt, die den Bedürfniſſen des Verkehrs nicht angemeſſen iſt, und daher auf eine Milderung durch die im jus gentium vorwaltende aequitas Anſpruch macht.

Dahin gehört zunächſt der Fall, wenn der Glaubiger vom Schuldner zum Erben eingeſetzt, aber mit der Reſtitution der ganzen Erbſchaft belaſtet iſt, und nun gegen ſeinen Willen zum Antritt der Erbſchaft und zur Reſtitution gezwungen wird, in welchem Fall er den Abzug der Quart verliert. Hier iſt nach ſtrengem Recht die Forderung durch Confuſion ipso jure getilgt, aber augenſcheinlich gegen die aequitas. Daher ſoll die Forderung als naturalis obligatio fortdauern, mit den gewöhnlichen Folgen derſelben. Eine zufällige, irrig geleiſtete Zahlung kann alſo nicht zurückgefordert werden, und wenn für dieſe Schuld ein Pfand beſtellt war, ſo kann Dieſes auch ferner der Glaubiger geltend machen,

ſowohl durch Exception, wenn er das Pfand beſitzt, als durch Klage, wenn er es nicht beſitzt (a).

8. Ein zweiter Fall dieſer Art findet ſich bei der minima capitis deminutio im älteſten Recht. Durch eine ſolche (z. B. durch Arrogation) wurde der Schuldner frei von ſeinen Schulden. Da aber Dieſes augenſcheinlich der aequitas widerſprach, ſo dauerten die Schulden als naturales obligationes fort (b).

Dieſer Satz hat indeſſen ſchon frühe ſeine praktiſche Bedeutung im Römiſchen Recht verloren. Jene Befreiung wurde als ſo unnatürlich anerkannt, daß man dagegen eine unbeſchränkte Reſtitution zuließ, ſo daß die an ſich verlorene Klage unter dem Namen einer fictitia actio dennoch angeſtellt werden konnte (c). Dadurch war nun die naturalis obligatio, mit ihren beſonderen, beſchränkten Wirkungen entbehrlich geworden, in der That alſo verſchwunden.

(a) *L.* 59 *pr. ad Sc. Treb.* (36. 1) „... Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.“ Ueber die Erklärung dieſer ganzen Stelle vgl. Syſtem B. 5 § 250. q.

(b) *L.* 2 § 2 *de cap. min.* (4. 5) „Hi, qui capite minuuntur, ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, *manent obligati naturaliter.*“ — Auf die Fälle dieſer Art (Note a. b.) kann man den ſehr bezeichnenden Ausdruck anwenden, welchen bei einer andern Gelegenheit Ulpian gebraucht (*L.* 32 *pr. de pec.* 15. 1): „Sed licet hoc *jure contingat,* tamen *aequitas dictat,* judicium in eos dari, qui *occasione juris liberantur.*“

(c) Gajus Lib. 3 § 84, Lib. 4 § 38. Vgl. Syſtem B. 2 § 70. m. o., B. 7 § 333.

D. Eigenthümliche Verhältniſſe des Klagenrechts.

9. Rechtskräftige, aber irrige, Freiſprechung eines wirklichen Schuldners. Daß dieſer Schuldner gegen jede fernere Klage durch die Einrede der Rechtskraft ſicher iſt, darüber kann kein Streit ſeyn. Dagegen iſt, von den Gloſſatoren an bis jetzt, die Frage in hohem Grade beſtritten worden, ob nach der Freiſprechung eine naturalis obligatio übrig bleibe.

Indem ich mich für die Fortdauer der naturalis obligatio erkläre (d), muß ich jedoch voraus bemerken, daß die Wirkungen derſelben, wegen der eigenthümlichen Natur der erwähnten Einrede, weniger vollſtändig, als in den meiſten anderen Fällen, erſcheinen; ein Verhältniß, auf welches ſchon oben, am Schluß des § 8, aufmerkſam gemacht worden iſt.

Für die Fortdauer ſpricht zuerſt ein allgemeiner Grund. Die unanfechtbare Rechtskraft irriger Urtheile beruht auf einer rein poſitiven Anſtalt, und iſt dem jus gentium fremd (§ 5. i). Dieſes wird auf indirecte Weiſe, aber unzweifelhaft, anerkannt in einer Stelle der Inſtitutionen, worin die exceptio rei judicatae nicht ſo, wie viele andere Exceptionen, auf die dem jus gentium eigenthümliche aequitas gegründet wird (e).

(d) Vgl. Syſtem B. 5 § 249. c, § 250. g. — Eine Stelle, die bei dieſer Frage häufig geltend gemacht wird, die *L.* 8 § 1 *ratam rem* (46. 8), gehört in der That nicht hierher, ſondern zu der unten folgenden Prozeßverjährung, und wird daſelbſt benutzt werden.

(e) In den §§ 1—4 *J. de except.* (4. 12) wird bei einer

Noch entſcheidender aber iſt eine Reihe von Stellen, worin für unſern Fall bald das Daſeyn der naturalis obligatio unmittelbar, bald dieſe oder jene beſondere Folge derſelben, ausgeſprochen wird.

Als die wichtigſte unter dieſen Stellen iſt von jeher, und von beiden Parteien, folgende Beurtheilung eines einzelnen Rechtsfalles bei Paulus (f) anerkannt worden.

> Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset. Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet; similemque esse ei dicit, qui ita promisit: sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur.

ganzen Reihe von Exceptionen, wie exc. doli, metus, pacti, jurisjurandi, als Grund derſelben ſtets angegeben: quia *iniquum* est, eum condemnari; und in der That gründen ſich dieſe alle auf die naturalis aequitas, das jus gentium. Darauf folgt im § 5 die exceptio rei judicatae, worin, ohne Erwähnung des iniquum mit ſichtbarer Unterſcheidung von den vorhergehenden Stellen, blos geſagt wird: *debes* per exceptionem rei judicatae *adjuvari*. (Vgl. Syſtem Bd. 5 § 249. c.). — Ganz irrig haben manche neueren Schriftſteller dieſe Inſtitutionenſtelle ſo aufgefaßt, als ſollte die beweiſende Kraft derſelben gelegt werden in die Worte: nihilominus obligatio durat. Denn ganz derſelbe Ausſpruch findet ſich (in verſchiedenen Wendungen) auch in den vorhergehenden Paragraphen, bei ſolchen Exceptionen, neben welchen gewiß keine naturalis obligatio fortdauert. Er bezieht ſich daher überhaupt nicht auf dieſe Fortdauer, ſondern vielmehr auf den, davon ganz verſchiedenen, Gegenſatz der Aufhebungen, die ipso jure, oder per exceptionem erfolgen.

(f) *L.* 60 *pr. de cond. ind.* (12. 6).

Ich will zunächſt den unmittelbaren und unzweifelhaften Sinn der Worte darzulegen ſuchen. Ein wirklicher Schuldner wird verklagt, er zahlt nach der Litiscontestation, aber vor dem Urtheil, und will nun das Gezahlte gleich darauf, alſo in derſelben Zwiſchenzeit, zurück fordern. Dieſe Rückforderung verſagt ihm Julian (mit ſtillſchweigender Zuſtimmung des Paulus). Der Scheingrund für die Rückforderung, welcher bei dem Schuldner vorausgeſetzt und in der Stelle widerlegt wird, iſt folgender. Wer eine bedingte Schuld (aus Irrthum) bezahlt, kann das Gezahlte zurück fordern, weil dieſelbe für jetzt noch gar keine Schuld iſt, und, je nach dem thatſächlichen Erfolg, eine reine Schuld, aber auch eine reine Nichtſchuld werden kann (g). Mit einem ſolchen bedingten Schuldner aber ſcheint jener zahlende Verklagte auf gleicher Linie zu ſtehen; denn wird er verurtheilt, ſo iſt er Schuldner, wird er freigeſprochen, ſo iſt er Nichtſchuldner, und welches von Beidem eintreten werde, iſt jetzt noch völlig ungewiß und zufällig. Dieſen Scheingrund nun entkräftet Julian durch folgende Betrachtung. Die Freiſprechung verwandelt keineswegs die Schuld in eine Nichtſchuld, da der wirkliche Schuldner, (der hier vorausgeſetzt wird) auch nach der Freiſprechung in einer naturalis obligatio bleibt (natura debitor permanet), dieſe aber zur Ausſchließung der Condiction völlig hinreicht (h). Jener Verklagte alſo ſteht

(g) *L.* 16 *pr. L.* 18 *de cond. ind.* (12. 6).

(h) Ganz ohne Noth machen ſich Manche eine Schwierigkeit

vielmehr auf gleicher Linie mit Dem, welcher Etwas verſpricht unter zwei alternativen Bedingungen, die zugleich in einem contradictoriſchen Verhältniß zu einander ſtehen. Denn da eine von beiden unfehlbar eintreten muß, ſo iſt das, nach dem wörtlichen Ausdruck bedingte, Verſprechen in der That ein unbedingtes.

Nach dieſer Erklärung der Stelle, die ſich genau an die Worte und an den inneren Zuſammenhang der Gedanken anſchließt, ſteht alſo Zweierlei feſt. Erſtlich die Fortdauer einer naturalis obligatio nach erfolgter Freiſprechung eines wahren Schuldners. Zweitens die hierauf gegründete Ausſchließung der condictio indebiti, welche überall das ſicherſte Kennzeichen und die vornehmſte Wirkung einer wahren naturalis obligatio iſt. Es liegt augenſcheinlich in dem ganzen Gang der Gedanken, daß Julian den Anſpruch auf die condictio aus dieſem Grunde ſchlechthin verneinen will, ohne Unterſchied, es möge die Zahlung ſchon jetzt, während des Prozeſſes, geleiſtet ſeyn (wie es hier vorausgeſetzt wird), oder aber nach der ungerechten

durch Einmiſchung der Frage, ob nicht durch die geleiſtete Zahlung auch die naturalis obligatio getilgt, und dadurch die absolutio nothwendig werde. Julian fragt gar nicht nach dem Einfluß dieſer Zahlung auf die bisherige Schuld, ſondern nur, ob vor dieſer Zahlung, alſo unabhängig von derſelben, das Daſeyn einer wahren, ſicheren Schuld durch die bloße Rückſicht auf mögliche Freiſprechung ausgeſchloſſen werde. Das fragt er deswegen, um darnach entſcheiden zu können, ob es ein debitum oder ein indebitum solutum war, welches letzte die Grundbedingung der condictio indebiti iſt.

Freiſprechung. Denn auf beide Fälle paßt gleichmäßig der Grund: natura debitor permanet.

Hiermit nun iſt unſere ganze Frage ſchon ſo vollſtändig entſchieden, daß wir eigentlich keine unterſtützende andere Stellen bedürfen. Dennoch ſollen ſowohl dieſe, als auch die ſcheinbaren Gegengründe, beſonders erwogen werden.

Bevor wir aber zu dieſen beiden Erwägungen übergehen, muß noch beſonders geprüft werden, in welcher thatſächlichen Geſtalt Julian den von ihm beurtheilten Rechtsfall eigentlich gedacht hat. Die einfachſte und zunächſt liegende Geſtalt ſcheint folgende. Der verklagte wirkliche Schuldner hat ſich während des Prozeſſes von ſeinem Unrecht überzeugt und gezahlt. Gleich nachher aber hat er Dieſes bereut, mit Rückſicht auf die noch immer mögliche Freiſprechung. Nun will er die condictio indebiti anſtellen, und Das verſagt ihm Julian. — Die letzte Entſcheidung bleibt auch für dieſen Fall wahr; allein die angegebenen Gründe paſſen auf dieſen Fall gar nicht, und darum können wir beſtimmt behaupten, daß Julian den ganzen Rechtsfall in dieſer einfachſten Geſtalt nicht vorausgeſetzt haben kann.

Wenn der Verklagte mit klarer Einſicht in das Sachverhältniß zahlte, ſo hatte er unfehlbar die Abſicht, den Rechtsſtreit zu Ende zu bringen durch vollſtändige Nachgiebigkeit von ſeiner Seite. Dieſe Handlung hat eine ganz ähnliche Natur mit dem gerichtlichen Geſtändniß und

mit dem Vergleich (i). In allen diesen Fällen kann von einer condictio indebiti niemals die Rede seyn, weil die Beendigung des Rechtsstreits in der eigentlichen Absicht lag, und diese Absicht auch dann in Erfüllung ging, wenn das künftige Urtheil zu einem ganz anderen Erfolg geführt haben möchte (k). Dazu paßt nun die ganze Beweisführung in jener Stelle durchaus nicht. Denn wenn auch das freisprechende Urtheil keine naturalis obligatio übrig ließe, so würde dennoch das so Gegebene einer Rückforderung nicht unterlegen haben. Die Herbeiziehung der naturalis obligatio wäre also bei der Beurtheilung eines solchen Rechtsfalles ganz unlogisch und irre führend gewesen. Die eine Hauptbedingung der Condiction, das Geben aus Irrthum (l), hätte in einem solchen Fall stets gefehlt, und daneben kommt es gar nicht darauf an, ob die Schuld selbst gar nicht, oder unvollständig, oder vollständig vorhanden war.

Um diesen inneren Widerspruch zwischen den thatsächlichen Voraussetzungen und den Entscheidungsgründen unserer Stelle zu vermeiden, müssen wir annehmen, daß Julian bei dem Rechtsfall, den er beurtheilt, einen Verklagten voraussetzte, welcher die oben vorausgesetzte klare Einsicht in das Sachverhältniß nicht hatte, und daher nicht

(i) System B. 7 § 302. 303.
(k) *L.* 65 § 1 *de cond. ind.* (12. 6), *L.* 2 *C. de transact.* (2. 4).
(l) System B. 3 S. 360 S. 447 fg.

in der eben erklärten Absicht, den Rechtsstreit zu Ende zu bringen, zahlte. Dieses läßt sich zunächst so denken, daß der Verklagte getäuscht war durch die irrige Nachricht, er sey bereits verurtheilt. Ferner ist es denkbar, daß der Verklagte von dem eingeleiteten Rechtsstreit überhaupt Nichts wußte, also nicht zahlen konnte in der Absicht, einen Rechtsstreit zu erledigen, sondern nur in der Absicht, eine ihm bekannte Schuld zu tilgen. Auch auf einen solchen Fall passen die Gründe der Stelle vollkommen. Derselbe läßt sich aber auf mancherlei Weise denken. Der ursprüngliche Schuldner kann gleich nach der Litiscontestation gestorben seyn, und sein Erbe zahlte die ihm bekannte Schuld, ohne von dem Rechtsstreit zu wissen. Ferner kann der Schuldner außer seinem Wohnort einen Vertrag geschlossen, und für den Ort des Vertrags die Zahlung versprochen, auch sogleich für mögliche künftige Streitigkeiten daselbst einen Anwalt bestellt, und diesem die Einlassung in eine mögliche Klage aufgetragen haben (m). Der Anwalt hat nun wirklich die Litiscontestation vorgenommen, und der Schuldner hat, ohne davon unterrichtet zu seyn, an seinem Wohnort gezahlt. Irgend einen Fall solcher Art muß Julian vor Augen gehabt haben, und vielleicht hatte er denselben in seiner vollständigen Stelle genau angegeben, wovon nur in dem Auszug des Paulus keine Spur übrig ist.

(m) Vgl. System B. 8 §. 370.

An dieſe entſcheidendſte Stelle ſchließt ſich eine andere, nahe verwandte Stelle an, die gleichfalls von Paulus herrührt (n):

> Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.

Hier iſt nun die Ungerechtigkeit der Freiſprechung geradezu ausgedrückt, die in der vorhergehenden Stelle durch die Worte verum debitorem eben ſo unzweifelhaft angedeutet war; es wird daran gleichfalls die Ausſchließung der condictio indebiti angeknüpft, und dadurch die Fortdauer einer naturalis obligatio anerkannt. Der einzige, öfter geltend gemachte, Zweifel liegt in den Worten: sua sponte, die man ſo auffaſſen könnte: freiwillig, und mit vollſtändiger Einſicht in die wahre Lage der Sache, alſo ganz ohne Irrthum, ſo daß dieſer mangelnde Irrthum, und nicht eine vorausgeſetzte naturalis obligatio, der Grund wäre, weshalb die Condiction ausgeſchloſſen ſeyn ſollte. Dieſe Erklärung muß jedoch gänzlich verworfen werden wegen der Worte: si *male* absolvit, die doch nicht ohne Bedeutung ſeyn können. Denn wenn der Beklagte nach einer gerechten Freiſprechung wiſſentlich, ohne Irrthum, zahlt, wozu er mancherlei Gründe haben kann (etwa Großmuth, Mitleid, Aufrechthaltung ſeines Credits, da er nur ſein Recht anerkannt ſehen wollte), ſo iſt gleichfalls die Condiction ausgeſchloſſen, und die Entſcheidung

(n) *L.* 28 *de cond. ind.* (12. 6).

des Paulus wäre daher eben ſo wahr für den Fall: si *recte* absolvit (o), wodurch es ganz unmöglich wird, daß er die Worte: si *male* absolvit in die Stelle aufgenommen haben ſollte, wenn dieſe den von den Gegnern vorausgeſetzten Sinn hätte. Es bleibt alſo nur noch übrig, die Worte: sua sponte von meinem Standpunkte aus zu erklären. An ſich nun liegt in dieſen Worten nur die Freiwilligkeit, ohne Hindeutung auf den Beweggrund oder irgend einen Zuſtand des Bewußtſeyns. Jene Worte ſind in Wahrheit nur aufgenommen, um dem Leſer das thatſächliche Verhältniß anſchaulich zu machen. Man könnte nämlich Anſtoß daran nehmen, daß der Freigeſprochene gezahlt haben ſollte. Der Verurtheilte zahlt, weil ihn der Richter dazu zwingt, oder weil er dieſem Zwang vorbeugen will, alſo ſtets wider ſeinen Willen; dieſe Gründe freilich fallen bei dem Freigeſprochenen weg, ſo daß er ſtets freiwillig handelnd gedacht werden muß, womit jedoch ein irrthümliches Handeln eben ſo vereinbar iſt, als ein wiſſentliches.

Wir müſſen nun ferner behaupten, daß nach der ungerechten Freiſprechung des Hauptſchuldners die früher geſtellte Bürgſchaft fortwirkt, und eine neue Bürgſchaft eingegangen werden kann. Dieſes folgt aus dem oben

(o) *L.* 26 § 3 *de cond. ind.* (12. 6) „Indebitum ... accipimus ... et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat; quare hoc quoque repeti poterit, *nisi sciens se tuetum exceptione solvit.*“

erwieſenen allgemeinen Grundſatz, nach welchem eine gültige Bürgſchaft auch für eine klagloſe Obligation übernommen werden kann (§ 8. m). Es findet ſich dafür aber auch eine merkwürdige indirecte Anerkennung in einer Stelle des Ulpian (p), nach welcher während des Rechtsſtreits eine Bürgſchaft übernommen werden darf; als Grund wird angegeben, daß ja in der eingeklagten Schuld außer dem civilen, auch ein naturaler Beſtandtheil enthalten ſey. Dieſer Grund ſtimmt auf merkwürdige Weiſe überein mit der oben erklärten Stelle des Julian; Ulpian will damit ſagen: ſelbſt für den Fall, daß der Beklagte freigeſprochen werden ſollte, ja ſelbſt, wenn die Bürgſchaft erſt nach der Freiſprechung übernommen wäre, würde der naturale Beſtandtheil der Obligation fortdauern, und zur Aufrechthaltung der Bürgſchaft hinreichen. — Nur iſt freilich eine ſolche Bürgſchaft von beſchränkter Wirkſamkeit. Denn wenn der Bürge verklagt wird, ſo kann er ſich durch die exceptio rei judicatae ſchützen, gerade ſo, wie Dieſes oben in Folge des Sc. Macedonianum dargethan worden iſt; alſo nicht unbedingt, da er ja nicht den Rechtsſtreit geführt hat, ſondern nur, in ſofern er den Regreß gegen

(p) *L.* 8 § 3 *de fid.* (46. 1) „Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio; et hoc et Julianus admittit, eoque jure utimur.“ Die Anwendung auf den Fall der nachher erfolgten Freiſprechung iſt in der Stelle (wenigſtens ſo weit ſie in die Digeſten aufgenommen iſt) nicht ausgedrückt; wohl aber folgt nun eine Anwendung auf den Fall der Verurtheilung.

den Hauptſchuldner haben würde, wodurch Dieſem ſein Recht aus der Freiſprechung vereitelt werden würde, wenn man dem Bürgen die Exception verſagen wollte (q).

Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit dem Pfandrecht nach der ungerechten Freiſprechung des Schuldners von der Schuldklage. Das Pfandrecht wirkt auch neben einer klagloſen Obligation (§ 8. o), alſo auch nach der ungerechten Freiſprechung. Wird aber die hypothecaria actio gegen den beſitzenden Schuldner ſelbſt angeſtellt, ſo hat dieſer dagegen die exceptio rei judicatae, und in ſofern kann man ſagen: pignus liberatur. Gegen einen dritten Beſitzer aber unterliegt die Klage dieſer Beſchränkung nicht (r).

Endlich iſt auch noch die Compenſation in dieſer Beziehung zu erwähnen. Eine Forderung muß ſelbſt nach der ungerechten Freiſprechung zur Compenſation benutzt

(q) In *L.* 7 § 1 *de except.* (44. 1) wird dem Bürgen die exceptio rei judicatae, ſcheinbar unbedingt, eingeräumt; zugleich wird aber dieſer Fall gleich geſtellt mit dem der exc. Sc. Macedoniani; dieſe aber gebührt nur dem zum Regreß berechtigten Bürgen (§ 10. mm). Dieſelbe Beſchränkung auch auf die exceptio rei judicatae des Bürgen anzuwenden, ſind wir berechtigt, theils durch die eben erwähnte Zuſammenſtellung beider Exceptionen, theils durch die oben im Text angegebenen inneren Gründe.

(r) Die Hauptſtellen ſind *L.* 27 *de pign.* (20. 1), und *L.* 13. *quibus modis pign.* (20. 6). Vgl. Syſtem B. 5 § 250. g. — Die Ausſchließung des dritten Beſitzers von der Exception iſt nur zu verſtehen von dem Beſitzer, der mit dem Schuldner in keinem Rechtszuſammenhang ſteht. Iſt er auch nur Singularſucceſſor des Schuldners, ſo hat er die Exception allerdings. Vgl. Syſtem B. 6 § 301. h. i.

werden können, weil dazu jede klaglose Obligation tauglich ist (s). Wenn jedoch der Beklagte diese Compensation durch doli exceptio geltend machen will, so wird ihm diese durch eine replicatio rei judicatae entkräftet, worin sich also abermals die sehr beschränkte Wirksamkeit dieser fortdauernden naturalis obligatio zeigt, auf welche schon oben (am Schluß des § 8) hingewiesen worden ist.

Bei dieser ganzen Untersuchung sind bisher die Folgen der ungerechten Freisprechung in derjenigen Gestalt erwogen worden, in welcher allein dieselben im Justinianischen Recht erscheinen, nämlich in der Gestalt einer exceptio rei judicatae. Die Vollständigkeit erfordert aber auch noch einen Rückblick auf das frühere Recht. Hier stand die Sache so, daß gerade in den wichtigsten, vornehmsten Fällen die Freisprechung eine weit durchgreifendere Wirkung hervorbrachte. Wenn nämlich in einem legitimum judicium mit einer juris civilis intentio geklagt wurde, so war eine exceptio rei judicatae nicht nöthig, indem zuerst

(s) S. o. § 8. i. — Ein Zeugniß freilich läßt sich für diese Möglichkeit der Compensation nicht anführen. Insbesondere darf darauf nicht bezogen werden *L.* 2 *C. de comp.* (4. 31), die freilich auf verschiedene Weise gedeutet werden kann, und auch gedeutet worden ist. Die durch den inneren Zusammenhang gerechtfertigte Erklärung ist aber folgende. „Wer in Folge einer rechtskräftigen Verurtheilung zahlt, kann das Gezahlte in keinem Fall zurück fordern (auch wenn er jetzt die Nichtschuld beweisen wollte), also auch nicht diese Rückforderung als Compensationsmittel gebrauchen. Hat er aber noch nicht gezahlt, und wird mit der judicati actio auf Zahlung belangt, so kann er ohne Zweifel eine ihm zustehende (andere) Gegenforderung als Compensation entgegen setzen."

die Litisconteſtation, und dann abermals das Urtheil, das ganze bisherige Rechtsverhältniß ipso jure zerſtörte (t). Der irrig freigeſprochene wirkliche Schuldner war alſo nun ipso jure frei geworden, und es fragt ſich, wie es daneben mit der Fortdauer der naturalis obligatio ſtand. Es wäre denkbar, daß hier die erwähnte durchgreifendere Wirkung des Urtheils auch die naturalis obligatio völlig vernichtet hätte. Obgleich wir nun über dieſe Frage keine Zeugniſſe haben, ſo iſt doch die angegebene Möglichkeit als höchſt unwahrſcheinlich zu verwerfen. Denn die ganze hier erwähnte Rechtsform war im höchſten Grade poſitiv, noch weit mehr, als die Aufrechthaltung der ungerechten rechtskräftigen Urtheile überhaupt; dem jus gentium war jene Rechtsform durchaus fremd, und wir dürfen alſo beſtimmt annehmen, daß im alten Recht auch in jenen ſtrengeren Fällen die naturalis obligatio fortdauerte, und daß die exceptio rei judicatae, die für alle übrigen Prozeſſe als Surrogat eintrat, und im neueſten Recht allein übrig iſt, gerade in dieſem Punkt von jener ſtrengeren Rechtsform gar nicht verſchieden war.

Noch weit verwerflicher aber würde es ſeyn, wenn man für das alte Recht einen Unterſchied der erwähnten beiden Rechtsformen in entgegengeſetzter Richtung annehmen

(t) Gajus Lib. 4 § 106. 107. Lib. 3 § 180. 181. Dieſe ſtrengere Form trat alſo namentlich ein bei allen Prozeſſen, die in der Stadt Rom über Darlehen, Stipulationen und andere Contracte geführt wurden.

wollte. Dieſe Annahme hätte den Sinn, daß man in den ſtrengeren Fällen die Fortdauer einer naturalis obligatio für den Freigeſprochenen zugelaſſen hätte, anſtatt daß in den übrigen, freier behandelten, Fällen die naturalis obligatio durch das freiſprechende Urtheil zerſtört worden wäre. Eine ſolche Annahme widerſtreitet aller Analogie natürlicher Rechtsentwickelung. Das ſtrengere Inſtitut der alten, durch den Buchſtaben beherrſchten Zeit müßte dann eine ſchwächere Wirkung hervorgebracht, und mehr Reſpect vor dem jus gentium gehabt haben, als das freiere Inſtitut der neueren Zeit, auf deſſen Ausbildung das freie Denken der Juriſten nicht ohne Einfluß bleiben konnte!

Ich kehre jetzt zu dem Eingang dieſer ganzen Unterſuchung zurück, um die Stellung anderer Schriftſteller zu unſerer Streitfrage näher anzugeben. Bis auf die neueſte Zeit iſt dieſelbe mit großem Eifer und Geſchick behandelt worden, und es hat keiner der beiden Meinungen an namhaften Vertretern gefehlt.

Gegen die Fortdauer der naturalis obligatio haben ſich erklärt: Vangerow, Pfordten und Wächter (u). Unter ihnen hat beſonders Pfordten ungemeine Sorgfalt auf dieſe Unterſuchung verwendet, und vorzüglich auch die

(u) Vangerow B. 1 (1839) § 173, wo auch viele frühere Schriftſteller angeführt werden. — Pfordten im Archiv für civil. Praxis B. 24 (1841) S. 108—153, und: Pfordten diss. de obligationis civilis in naturalem transitu (Lips. 1843) § 7. — Wächter Erörterungen H. 3 (1846) S. 27—34.

Dogmengeſchichte im Einzelnen dargeſtellt. Er, wie alle Anderen, erkennt an, daß in unſeren Rechtsquellen die oben ausführlich erläuterte Entſcheidung des Julian (Note f) den Mittelpunkt der Unterſuchung bilde, und er ſucht die Beweiskraft derſelben für die entgegengeſetzte Meinung in folgender Weiſe zu beſeitigen (v). Die naturalis obligatio ſoll allerdings fortgedauert haben in den Fällen des alten Rechts, worin die Freiſprechung das bisherige Recht des Gläubigers ipso jure zerſtörte (Note t), in allen übrigen Fällen nicht. Der Ausſpruch des Julian ſoll auf einen jener Fälle gegangen ſeyn, alſo für das neueſte Recht, worin das beſondere Recht derſelben verſchwunden iſt, keine Bedeutung mehr haben. — Ich habe nun ſchon oben zu zeigen geſucht, daß der im älteren Recht enthaltenen Unterſcheidung der Fälle, in welchen ein Urtheil ipso jure oder per exceptionem wirkte, auf die Fortdauer der naturalis obligatio gar kein Einfluß zuzuſchreiben iſt, am wenigſten der von Pfordten behauptete Einfluß (höchſtens noch etwa der gerade entgegengeſetzte). Aber ſelbſt davon abgeſehen, iſt dieſe Auslegung des Ausſpruchs von Julian aus zwei anderen Gründen völlig verwerflich. Erſtlich, weil die Vorausſetzung eines ſolchen Falles ganz willkürlich in die Stelle hinein getragen werden muß, da kein Wort derſelben darauf hindeutet. Zweitens, weil wir dadurch zu der Annahme genöthigt werden, die

(v) Pfordten S. 140—153.

Compilatoren hätten, aus einem ſchwer zu begreifenden Verſehen, dieſes Zeugniß für die Fortdauer einer naturalis obligatio in die Digeſten aufgenommen, während zu ihrer Zeit eine ſolche Fortdauer für keinen Fall mehr hätte vorkommen können.

Für die Fortdauer der naturalis obligatio, alſo für die von mir vertheidigte Meinung, ſprechen ſich aus: Puchta und Fein (w).

Gewiſſermaßen eine mittlere Stellung nehmen ein: Kierulff und Buchka (x). Für das Römiſche Recht nehmen auch ſie die Fortdauer an, allein im heutigen Recht ſoll es damit anders ſeyn; man ſieht nicht recht, wie und warum. Kierulff insbeſondere tadelt die Römiſchen Juriſten wegen der von ihnen angenommenen Fortdauer, die nur aus der Beſchränktheit jener Juriſten zu erklären ſey, welche es ihnen ſchwer machte, ſich von ihrem republikaniſchen Dogma los zu arbeiten.

10. Verjährung einer Schuldklage.

Ueber die Wirkung dieſer Verjährung iſt von jeher großer Streit geweſen. Am wenigſten Beifall hat die Meinung gefunden, nach welcher (wenigſtens in manchen Fällen) die Obligation ipso jure zerſtört werden ſollte,

(w) Puchta Pandekten § 293. — E. Fein, Archiv B. 26 (1843) S. 161—200, S. 359—400, wo ſich auch eine ausführliche Widerlegung von Pfordten findet, S. 376.

(x) Kierulff Civilrecht B. 1 (1839) S. 43. — Buchka Einfluß des Prozeſſes Th. 1 (1846) S. 315 fg., Th. 2 S. 200.

mit Inbegriff der naturalis obligatio. Faſt Alle ſind darüber einig, daß die Verjährung nur per exceptionem die Klage aufhebe, und der Streit betrifft (ſo wie bei der irrigen Freiſprechung) nur die Frage, ob daneben eine naturalis obligatio fortdauere. Ich habe mich bereits an einem anderen Orte ausführlich für die Fortdauer ausgeſprochen (y), und darf daher hier im Ganzen auf jene Ausführung verweiſen. Nur muß ich dieſelbe noch durch die Prüfung der Gründe eines neuerlich aufgetretenen Gegners ergänzen (z). Pfordten geht in den von mir aufgeſtellten Grundſatz ein, nach welchem die naturalis obligatio unberührt bleibe, wenn eine Aufhebung der Obligation nicht im jus gentium gegründet ſey, behauptet aber, gerade die Klagverjährung ſey in der That in demſelben gegründet. Deshalb behauptet er, die naturalis obligatio gehe durch die Verjährung unter, nur mit Ausnahme der durch ein Pfandrecht beſtärkten Obligationen. Die Ableitung aus dem jus gentium will er dadurch beweiſen, daß die Verjährung vom Prätor eingeführt ſey, dieſer aber die Regeln des jus gentium befolgt habe. — Dieſe Gründe muß ich für ganz unhaltbar erklären. Die Klagverjährung kann nicht aus dem jus gentium herſtammen, ſchon weil ſie eine ganz willkürliche, völlig poſitive Natur hat, wie jede Regel, deren Anwendung auf Zahlenver-

(y) Syſtem B. 5 § 248—251.

(z) Pfordten § 6 der in der Note u. angeführten lateiniſchen Schrift.

hältniſſen beruht (aa). Ferner auch deswegen nicht, weil bei den Römern ſelbſt, die meiſten und wichtigſten Klagen bis in die Zeit der chriſtlichen Kaiſer ganz ohne Verjährung waren, die daher von ihnen unmöglich als ein gemeinſames Rechtsinſtitut aller geſitteten Völker angeſehen werden konnte. — Außerdem kann nicht zugegeben werden, daß die Klagverjährung ein Erzeugniß des prätoriſchen Edicts ſeyn ſoll. Die Prätoren haben nur die von ihnen ſelbſt eingeführten Klagen (die ſie nach Willkür beſchränken konnten) durch den Gebrauch innerhalb eines Jahres bedingt, alle Civilklagen, alſo die meiſten und wichtigſten Klagen, erhielten ihre Verjährung nicht durch das Edict, ſondern durch Kaiſergeſetze, alſo durch das Civilrecht. — Endlich, wenn auch dieſe Gründe nicht vorhanden wären, müßte jene Anſicht ſchon deswegen verworfen werden, weil es ganz irrig iſt, das prätoriſche Recht mit dem jus gentium zu identificiren. Allerdings iſt in das Edict Vieles aus dem jus gentium übergegangen; aber ein großer Theil des Edicts hat gar nicht dieſen Urſprung (bb).

11. Prozeßverjährung einer Schuldklage.

Nach altem Recht ſollte jedes Klagerecht dem Kläger verloren ſeyn, wenn der Prozeß eine gewiſſe Zeit gedauert

(aa) Die regelmäßigen Klagverjährungen ſchwanken zwiſchen einem Jahr und dreißig Jahren; einzelne gehen bis zu ſechs Monaten herab, und bis zu hundert Jahren hinauf.

(bb) Gegen dieſe Identificirung des jus gentium mit dem jus honorarium habe ich ſchon an einem anderen Orte gewarnt. Syſtem B. 1 § 22 S. 118.

hatte, ohne durch Urtheil entſchieden zu ſeyn (cc). Dieſe Regel war augenſcheinlich dem jus gentium fremd, und daher mußte die naturalis obligatio fortdauern.

Dieſe Fortdauer iſt auch theils unmittelbar ausgeſprochen, theils in den wichtigſten Wirkungen anerkannt: namentlich in der Ausſchließung der condictio indebiti, und in der Fortdauer des Pfandrechts (dd).

12. Jus iniquum.

Wenn eine mit richterlicher Gewalt verſehene obrigkeitliche Perſon einen willkürlichen neuen Rechtsſatz geltend macht, ſo muß dieſelbe in ihren künftigen eigenen Rechtsſachen denſelben Rechtsſatz zu ihrem Nachtheil ſich gefallen laſſen. Dieſelbe Strafe trifft auch die Partei, die durch ihren Antrag jene Ungerechtigkeit veranlaßte (ee).

Dadurch kann unter andern veranlaßt werden, daß eine ſolche Perſon, wenn ſie eine an ſich wohlbegründete Schuldforderung hat, dennoch mit ihrer Klage aus derſelben zurück gewieſen werden muß. Allein dieſer Nachtheil, ſo wie jede andere Strafe, iſt dem jus gentium

(cc) Gajus Lib. 4 § 104. 105.

(dd) *L.* 8 § 1 *ratam rem* (46. 8) „... quia naturale debitum manet.“ — *L.* 30 § 1 *ad L. Aqu.* (9. 2). In beiden Stellen iſt die Rede von einem Gläubiger „qui litem amisit“, einmal auch „quod litem *tempore* amisit.“ Schon dieſer abwechſelnde zweite Ausdruck beweiſt, daß das litem amittere hier nicht von einer Freiſprechung (die wir wohl ein Verlieren des Prozeſſes nennen) verſtanden werden darf, ſondern von der Prozeßverjährung. Vgl. Syſtem B. 5 § 249. d. Keller Litiscontestation S. 158. 159. Pfordten (Note u) § 5.

(ee) *L.* 1 § 1 *quod quisque juris* (2. 2).

fremd, daher wirkt eine ſolche Schuld dennoch als naturalis obligatio, und wenn der Schuldner, obgleich aus Irrthum, zahlt, kann er das Gezahlte nicht mit der condictio indebiti zurück fordern (ff).

§. 12.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Einzelne Fälle der naturalis. (Fortſetzung.)

Es folgen nun mehrere Fälle, die zwar auch mitunter als Fälle der naturalis obligatio bezeichnet werden, jedoch nicht im vollen Maße dafür gelten können, ſondern nur einzelne Erſcheinungen derſelben darbieten.

1. Dahin gehört zuerſt das Verhältniß einer Ehefrau, welche ihrem Manne eine Dos giebt, in der irrigen Meinung, dazu (etwa durch Vertrag) verpflichtet zu ſeyn. Alles, was ſie in dieſer Weiſe giebt, ſoll ſie, ungeachtet des Irrthums, nicht zurückfordern können, weil ſie eine natürliche Verpflichtung zur Dotation habe (a). Hier er-

(ff) *L.* 3 § 7 *eod.* „Ex hac causa solutum repeti non posse Julianus putat; *superesse enim naturalem causam,* quae inhibet repetitionem." — Dieſe Strafe tritt überall nur ein adversario *postulante. L.* 1 § 1 *L.* 3 § 2 *eod.* In dem hier erwähnten Fall der Anwendung alſo muß die Klage gedacht werden als per exceptionem gehemmt.

(a) *L.* 32 § 2 *de cond. ind.* (12. 6) „Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit. Sublata enim falsa opinione *relinquitur pietatis causa,*

ſcheint alſo das solutum non repetere, deſſen Umfang und Gränze durch das Geben ſelbſt völlig beſtimmt wird. Dagegen iſt von den übrigen Wirkungen nicht die Rede, und in der That würden dieſelben auch, wegen des unbeſtimmten Gegenſtandes, nicht anwendbar ſeyn. So z. B. läßt es ſich nicht denken, daß der Mann, wenn er etwa von der Frau aus einem Vertrage verklagt würde, dagegen mit jener natürlichen Verpflichtung compenſiren dürfte. Denn es iſt gar nicht geſagt, daß die Frau verpflichtet ſey, gerade ihr ganzes Vermögen als Dos zu geben, ſo

ex qua solutum repeti non potest." Der Name naturalis obligatio kommt hier freilich nicht vor, ſondern es heißt: pietatis causa, aber die daran unmittelbar geknüpfte Folge des solutum non repetere, rechtfertigt es, wenn dieſer Ausdruck hier auf eine naturalis obligatio gedeutet wird. — Puchta (Curſus B. 3 S. 66) verneint in dieſem und in dem folgenden Fall das Daſeyn einer wahren naturalis obligatio, und nimmt blos eine ſittliche Verpflichtung an, wodurch die Rückforderung zu einer Unſittlichkeit werde, die das Recht nicht unterſtützen dürfe. Allein dieſe Unſittlichkeit läßt ſich nicht unbedingt behaupten, wird vielmehr ſehr von individuellen Umſtänden abhängen; auf der anderen Seite aber giebt es gar mancherlei ſittliche Verpflichtungen (pietatis causae), wie Wohlthätigkeit, Verwandtenliebe u. ſ. w., worin doch gewiß nicht das solutum non repetere für den Fall irriger Zahlungen anzuwenden iſt. Puchta ſcheint zu viel Gewicht auf den Ausdruck: pietatis causa zu legen, der übrigens in dem folgenden Fall nicht vorkommt. — Dieſelbe naturalis obligatio übrigens, die hier bei der Ehefrau zur Beſtellung einer Dos anerkannt wird, ſoll auch gelten für den Vater der Frau, der eine Dos durch Stipulation für die Tochter beſtellt, in der falſchen Meinung, er ſey Schuldner der Tochter. *L.* 46 § 2 *de j. dot.* (23. 3). Ein Fremder würde, im Fall eines ſolchen Irrthums, ſowohl eine Klage auf Befreiung, als eine doli exceptio gehabt haben. *L.* 7 *pr.* § 1 *de doli exc.* (44. 4).

daß also gar nicht zu ermitteln seyn würde, mit welcher Summe der Mann compensiren dürfe.

Vielleicht bestand das wichtigste Interesse bei Aufstellung jener Regel darin, daß man auf recht sichere Weise jeden Gedanken an eine Schenkung ausschließen wollte. Auf der einen Seite war jede Schenkung unter Ehegatten verboten, und für nichtig erklärt, auf der anderen Seite wurde die Bestellung einer Dos, besonders von Seiten der Ehefrau, für natürlich und wünschenswerth erkannt, sie mochte nun vor der Ehe, oder in der Ehe, geschehen. Dieser scheinbare Widerspruch konnte nicht sicherer beseitigt werden, als durch die Annahme einer naturalis obligatio der Frau zur Dotation, wobei der Umfang unbestimmt blieb, wodurch aber jede wirkliche Bestellung (auch wenn sie aus Irrthum geschah) zur Zahlung einer Schuld wurde, die den Begriff der Schenkung völlig ausschloß (b).

2. Eine ganz ähnliche Natur haben die Dienstleistungen eines Freigelassenen an den Patron. Diese sind theils fabriles (Handwerks- oder Kunst-Arbeiten), theils officiales (persönlicher Dienst). Von den ersten ist hier nicht die Rede, wohl aber von den zweiten, welche sich lediglich auf das persönliche Patronatsverhältniß beziehen, anstatt daß die ersten ganz dieselbe Natur haben, sie mögen nun dem Patron oder einem Fremden versprochen und geleistet werden (c).

(b) Vgl. System B. 4 S. 53. 54. 82. 174.

(c) *L.* 6 *L.* 9—12 *de op. libert.* (38. 1).

Auf die officiales operae nun hatte der Patron kein Klagerecht, wenn ſie nicht durch Vertrag verſprochen waren, wohl aber beſtand dafür eine klagloſe Obligation. Die Wirkung derſelben war die, daß der Freigelaſſene, welcher ſie aus der irrigen Annahme eines Vertrags in Natur geleiſtet, oder durch Geld abgelöſt hatte, deshalb keine condictio indebiti anſtellen konnte (d). Andere Wirkungen, wie die Compenſation u. ſ. w., konnten nicht eintreten, aus demſelben Grunde, welcher oben bei der Dos geltend gemacht worden iſt, indem das an ſich ganz unbeſtimmte Object der Obligation erſt durch die wirkliche Leiſtung beſtimmt, und dadurch zu einer juriſtiſchen Wirkung fähig gemacht wird.

3. Actio de peculio.

Wenn wegen der Schuld eines Sklaven oder Sohnes der Hausvater mit der actio de peculio verklagt wird, ſo genießt er den Vortheil, daß er nicht mehr zu zahlen braucht, als jetzt (zur Zeit des Urtheils) an Vermögenswerth im Peculium vorhanden iſt. Zahlt er nun aber freiwillig mehr, als Dieſes, und zwar auf Irrthum, ſo ſoll er dennoch das Gezahlte nicht zurück fordern dürfen (e).

(d) *L.* 26 § 12 *de cond. ind.* (12. 6) „. . . condicere eum non posse . . . *natura enim operas patrono libertus debet.*" Hier ſteht in der That der Ausdruck: natura debet (gleichbedeutend mit naturalis obligatio), der bei der Dos fehlte (Note a). Puchta, der beide Fälle ganz gleich behandelt, iſt nun genöthigt, anzunehmen, der Ausdruck ſey hier in einem uneigentlichen Sinn, zur Bezeichnung einer blos ſittlichen Verpflichtung, gebraucht.

(e) *L.* 11 *de cond. ind.* (12. 6) „Si is, eum quo de

Dieſe unzweifelhafte Beſtimmung möchte man als Kennzeichen und Beweis einer naturalis obligatio, alſo einer unvollſtändigen, klagloſen, Obligation anſehen wollen. Dennoch muß bei genauerer Erwägung dieſe Anſicht aufgegeben werden.

Der Hausvater, der ein Peculium giebt, verpflichtet ſich dadurch unbedingt für alle künftigen Rechtsgeſchäfte des Empfängers, ohne Rückſicht auf den zu irgend einer Zeit vorräthigen Geldwerth des Peculium. Die Beſchränkung auf dieſen Werth betrifft gar nicht die Schuld ſelbſt, ſondern die augenblickliche Execution; nach der Sprache des alten Prozeſſes ſteht dieſelbe nicht in der intentio (die ſtets auf die volle Schuld gerichtet war), ſondern in der condemnatio: der Verklagte ſchützt ſich alſo gegen die vollſtändige Verurtheilung nur durch eine dilatoriſche Exception. Die Folge davon iſt die, daß, bei einem künftigen Zuwachs des Peculium, der jetzt ausfallende Theil der Schuld nachträglich eingeklagt werden kann (f), woraus unwiderſprechlich folgt, daß die Schuld an ſich zu allen

peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, solverit, *repetere non potest.*"

(f) *L.* 30 § 4 *de pec.* „Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest." Damit hängt es auch zuſammen, daß der Werth des Peculium nach der Zeit des Urtheils, nicht der angeſtellten Klage, abgemeſſen wird. *L.* 30 *pr. L.* 32 § 1 *eod.* — Ueber die Einwirkung einer dilatoriſchen Exception auf eine Schuld vgl. *L.* 55 *de V. S.* (50. 16) „... qui autem temporalem exceptionem timet, *similis est conditionali creditori.*" — (Vgl. Syſtem B. 5 S. 175—177.)

Zeiten auch als civilis obligatio auf den vollen Betrag vorhanden gewesen ist.

Auf den ersten Blick scheint Dieses im Widerspruch zu stehen mit der Regel, nach welcher das richterliche Urtheil als abweisend gelten soll für jeden Theil des streitigen Gegenstandes, der darin nicht aufgenommen ist (g), woraus man eine Einrede der Rechtskraft ableiten könnte gegen die künftige Nachforderung des Ausfalls. Man muß daher das frühere Urtheil stets so auffassen, daß es der beschränkten Verurtheilung den Vorbehalt einer künftigen Klage auf den Ausfall hinzufügt. Ob, und in welchen Ausdrücken, dieser Vorbehalt ausgesprochen wird, ist eine untergeordnete, lediglich formelle, Frage. Im Römischen Prozeß möchte dieser Vorbehalt am einfachsten durch eine, dem Beklagten auferlegte, Caution zu bewirken gewesen seyn.

4. Beneficium competentiae.

Das sogenannte beneficium competentiae führt ganz dasselbe Rechtsverhältniß mit sich, welches so eben bei der actio de peculio ausführlich dargestellt worden ist. Wenn Der, welchem dieser Vortheil zusteht, z. B. der mit der actio pro socio Verklagte, weniger aufbringen kann, als die Schuld selbst beträgt, so wird er nur auf einen Theil der Schuld verurtheilt; zahlt er aus Irrthum das Ganze (etwa durch fremde Unterstützung), so kann er das Gezahlte

(g) System B. 6 S. 303.

nicht zurück fordern (h), wodurch also auch für diesen Fall der Schein einer bloßen naturalis obligatio entsteht. Es ist aber bloßer Schein, so wie in dem vorhergehenden Falle. Die volle Schuld hat zu allen Zeiten, auch als civilis obligatio, bestanden, und durch eine dilatorische Exception hat der Beklagte nur die augenblickliche Verurtheilung, also die Execution, auf das Ganze abgewendet, und der Unterschied von anderen, gewöhnlichen Schuldklagen zeigte sich im alten Prozeß nur in der condemnatio, nicht in der intentio. Daß Dieses in der That so ist, geht unwidersprechlich daraus hervor, daß die (stets fortdauernde) civilis obligatio durch neue Klage auf den gegenwärtigen Ausfall geltend gemacht werden kann, sobald der Schuldner neues Vermögen erwirbt (i).

(h) *L.* 8. 9 *de cond. ind.* (12. 6).

(i) *L.* 8 *C. soluto matr.* (4. 18). — Der Sicherheit wegen kann auch gleich jetzt dem Beklagten eine promissorische Caution für den Fall künftiger Vermehrung des Vermögens auferlegt werden. *L.* 63 § 4 *pro soc.* (17. 2). Es würde ganz unrichtig seyn, die Möglichkeit einer neuen Klage und den Anspruch auf Caution entweder für eine Verschiedenheit der beiden hier zusammengestellten Klagen, oder für älteres und neueres Recht zu halten, und aus diesen Voraussetzungen das Verhältniß der angeführten drei Stellen (Note f und i) zu erklären. Es sind nur zufällig verschiedene Erwähnungen eines und desselben Rechtssatzes. — Mit Recht aber tadelt es G. Fein, Archiv B. 26 S. 386, daß ich früherhin den Fall des s. g. beneficium competentiae mit den Fällen der wahren naturalis obligatio auf gleiche Linie gestellt habe.

In folgenden Fällen, in welchen wohl auch eine naturalis obligatio von Manchen behauptet wird, iſt noch weniger Grund oder Schein zur Annahme einer ſolchen, als in den ſo eben dargeſtellten.

Gelegentlich wird in unſeren Rechtsquellen erwähnt, durch Schenkung könne man den Beſchenkten naturaliter zur Wiedervergeltung verpflichten; das iſt aber augenſcheinlich in einem blos factiſchen, nicht juriſtiſchen Sinn geſagt, ſo daß z. B. das solutum non repetere darauf gewiß nicht gegründet werden könnte (k).

Eben ſo iſt in anderen Fällen die Rede von Handlungen, die aus Ehrgefühl, oder mit Rückſicht auf Sitte und Anſtand geſchehen. Dahin gehört der Fall, wenn ein Erbe die auferlegten Legate oder Fideicommiſſe vollſtändig auszahlt, da, wo er nach allgemeinen Rechtsregeln, oder ſelbſt nach der Vorſchrift des Verſtorbenen, einen Abzug machen könnte (l). Es würde ganz unrichtig ſeyn, darauf den Begriff einer naturalis obligatio mit ihren beſonderen Folgen (§ 8) anzuwenden. Dagegen haben dieſe Fälle allerdings eine eigenthümlich juriſtiſche Natur, nur von ganz anderer Art. Es kann nämlich durch den angege-

(k) *L.* 25 § 11 *de her. pet.* (5. 3) „... quamvis ad remunerandum sibi *aliquem naturaliter obligavérint.*“ *L.* 54 § 1 *de furtis* (47. 2) *„beneficii debitorem* sibi adquirere. Vgl. System B. 4 § 153. h. i. k.

(l) *L.* 5 § 15 *de don. int. vir.* (24. 1) *„plenius officium* fidei praestandae.“ *L.* 2 *C. de fid.* (6. 42) „cum *ex conscientia relicti fideicommissi* defuncti voluntati satisfactum esse videatur.“

benen Beweggrund die Absicht einer Schenkung ausgeschlossen seyn, wodurch dann auch das besondere Recht der Schenkung unanwendbar wird (m).

Noch weit wichtiger aber ist die Ablehnung der von Vielen angenommenen naturalis obligatio in den zahlreichen Fällen, worin die Entstehung einer Obligation durch positive Gesetze von zwingender Natur untersagt ist. Weil nämlich solche Verbote dem jus gentium fremd sind, so haben Viele das Daseyn und die Wirkungen einer naturalis obligatio angenommen, ohne zu erwägen, daß jedes Gesetz der hier bezeichneten Art auch durch das jus gentium in jedem einzelnen Staate anerkannt werden muß. Der hierin liegende Irrthum ist schon oben nachgewiesen worden (§ 7. t. u). Dahin gehören die Obligationen aus wucherlichen Verträgen, aus Spielschulden, aus Verträgen eines Verschwenders, die außergerichtlichen Vergleiche über Alimente (n) u. s. w.

Die Anwendung dieser wichtigen Regel hängt ab von einer richtigen Gränzbestimmung für die oben erwähnte Gattung von Gesetzen. In den meisten Fällen freilich wird die Gränze unverkennbar seyn. Dagegen giebt es allerdings auf der Gränze liegende, zweifelhafte Fälle, worin Alles darauf ankommt, die besondere Absicht des einschlagenden Gesetzes genau zu erforschen, indem weder der Begriff eines positiven Gesetzes überhaupt, noch der

(m) System B. 4 S. 83. 84.
(n) *L.* 8 *pr.* § 17 *de transact.* (2. 15), *L.* 8 *C. eod.* (2. 4).

eines abſoluten Geſetzes, für dieſen Zweck ausreicht (o). Von dieſem Standpunkt aus läßt es ſich allein erklären, warum das Sc. Macedonianum eine naturalis obligatio neben ſeinem Verbote beſtehen läßt, das Sc. Vellejanum aber nicht (p).

Zum Schluß muß noch bemerkt werden, daß bei den Römiſchen Juriſten für manche Fälle die Entſtehung einer naturalis obligatio, und ihre Wirkſamkeit als Grundlage einer Bürgſchaft, oder als Tilgung einer beſtehenden gültigen Obligation durch Novation, zweifelhaft und beſtritten war (q).

§. 13.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Einzelne Fälle der naturalis. (Fortſetzung.)

Um die hier abgehandelten Fälle der naturalis obligatio in ihrem vollſtändigen Zuſammenhang zur Anſchauung zu bringen, iſt es nöthig, einen höheren Standpunkt zu nehmen, und die verſchiedenen Arten gültiger und ungültiger Obligationen überhaupt in Erwägung zu ziehen.

(o) System B. 8 § 349.
(p) System B. 5 S. 375. 379.
(q) Gajus Lib. 3 § 119. 179.

Der normale Zustand einer Obligation, welcher zugleich der häufigste ist, besteht in der Vollgültigkeit nach allen Seiten hin, nach der Seite des jus civile, wie des jus gentium, wobei der Ursprung der Obligation (§ 5) ganz gleichgültig ist.

Der absolute Gegensatz dieses Falles besteht in der völligen Verneinung einer gültigen Obligation, sowohl nach jus civile, als nach jus gentium.

In der Mitte liegen mancherlei Fälle unvollständiger Gültigkeit, bei welchen folgende drei, von einander unabhängige, Gegensätze in Betracht kommen, deren Verwickelung nicht selten Mißverständnisse hervorgerufen hat.

Erstlich kann die Obligation ungültig *seyn* oder *werden*, je nachdem die Ungültigkeit von Anfang an vorhanden ist, oder erst durch ein späteres Ereigniß bewirkt wird (a). Für die Wirkung ist dieser Unterschied gleichgültig.

Zweitens kann die klagbare Obligation ungültig seyn oder werden *entweder* ipso jure, *oder* per exceptionem (b). Die wichtigste Bedeutung dieses Gegensatzes zeigte sich im Römischen Prozeß, indem der Juder das ipso jure in allen Fällen zu beachten hatte, das per ex-

(a) In Anwendung auf die naturalis obligatio, die selbst eine Art unvollständiger Obligation ist (§ 7) drückt Dieses *Puchta* (Pandekten § 237) recht passend so aus: Der Grund derselben liege entweder in der unvollkommenen Entstehung oder in der unvollkommenen Aufhebung einer Obligation.

(b) Vgl. System B. 5 § 225 bis 228.

ceptionem, bei manchen Klagen, nur, wenn es in der Formel ausgedrückt war; dieſe Bedeutung iſt für uns verſchwunden. Allein es liegt dabei zum Grunde ein allgemeinerer, tiefer liegender Gegenſatz, der auch für das heutige Recht vorhanden und nicht unwichtig iſt, nur mit dem Unterſchied, daß uns die beſtimmten Formen fehlen, wodurch die Römer für die leichte und ſichere Erkennbarkeit des einen oder anderen Falles geſorgt hatten (c). Das Weſen jenes allgemeineren, bleibenden Gegenſatzes beſteht aber darin, daß im Fall des ipso jure ein Recht des Glaubigers gar nicht vorhanden iſt, im Fall des per exceptionem dagegen der Schuldner ein perſönliches, ſelbſtſtändiges Recht hat, jenes (an ſich vorhandene) erſte Recht zu behandeln, als ob es nicht vorhanden wäre (d).

Drittens kann die Gegenwirkung, aus welcher irgend eine Ungültigkeit hervorgeht, ihren Grund haben *entweder* im jus civile allein, *oder* im jus gentium allein. Iſt ſie dagegen in beiden zugleich gegründet, ſo tritt der oben

(c) Ob die Verpflichtung aus einer Stipulation ipso jure, oder per exceptionem nach der Abſicht der Parteien aufgehoben werden ſollte, konnte leicht und ſicher aus dem Gebrauch der Acceptilation oder des formloſen Vertrags erkannt werden. Wir ſind an die weniger ſichere Interpretation des Willens in jedem einzelnen Falle gewieſen.

(d) Vgl. Syſtem B. 5 S. 157. 158. — Unrichtig wird nicht ſelten dieſer Gegenſatz verwechſelt mit dem des Civilrechts und des prätoriſchen Rechts (da doch mehrere Exceptionen ganz dem Civilrecht angehören); eben ſo unrichtig wird er darin geſetzt, daß auf die Ungültigkeit per exceptionem der Beklagte ſich berufen müſſe, auf die ipso jure nicht.

erwähnte Fall einer abſoluten Verneinung der Obligation überhaupt ein.

Mit Rückſicht auf dieſe Gegenſätze ſind nun folgende Fälle zu unterſcheiden, in welchen die normale, nach allen Seiten hin vollgültige, Obligation in irgend einer Weiſe geſchwächt erſcheint.

A. Eine klagbare Obligation (civilis obligatio) kann per exceptionem in ihrer Wirkſamkeit gehemmt ſeyn, und zwar auf zweierlei Weiſe:

1. Erſtlich ohne Zuſtimmung des jus gentium, ſo daß ſie als naturalis obligatio poſitiv wirkſam iſt und bleibt.
2. Zweitens mit Zuſtimmung des jus gentium, ſo daß ſie auch ſelbſt als naturalis obligatio nicht wirkt.

B. Eine nulla jure civili obligatio kann dieſen Charakter an ſich tragen:

3. Entweder ohne Zuſtimmung des jus gentium, ſo daß ſie als naturalis obligatio poſitiv wirkt.
4. Oder mit Zuſtimmung des jus gentium, ſo daß ſie auch ſelbſt als naturalis obligatio nicht wirkt.

Es ergeben ſich daraus Vier mögliche Combinationen, oder Vier Claſſen möglicher Fälle, und es iſt ſofort ein-

leuchtend, daß alle oben dargeſtellten einzelnen Fälle der wahren naturalis obligatio (§ 9. 10. 11) in der erſten oder der dritten dieſer Vier Claſſen ihre Stelle finden müſſen.

---

1. Civilis obligatio, per exceptionem unwirkſam, aber mit wirkſamer naturalis obligatio. Dahin gehören folgende Fälle aus der oben aufgeſtellten Reihe.

Senatusconsultum Macedonianum (Num. 6. im § 10).

Irrige Freiſprechung eines wirklichen Schuldners (Num. 9. im § 11).

Verjährung einer Schuldklage (Num. 10. im § 11).

Jus iniquum (Num. 12. im § 11) (e).

2. Civilis obligatio, per exceptionem unwirkſam, und auch ſelbſt als naturalis obligatio nicht wirkend. Dahin gehören alle Obligationen, deren Klagen entkräftet werden durch die exceptio doli, metus, pacti, jurisjurandi; eben ſo durch die exceptio Sc. Vellejani, von welchem Fall noch beſonders in dieſem Paragraphen die Rede ſeyn wird.

3. Nulla jure civili obligatio (f), aber mit wirkſamer

(e) Darüber, daß dieſer Fall hierher geſetzt wird, unter die per exceptionem gehemmten Klagerechte, vgl. oben § 11. ff.

(f) In allen dieſen Fällen iſt es nulla ipso jure obligatio, das heißt, es fehlt gänzlich an einem Grunde, eine Klage zu geben, anſtatt daß in den Fällen der zwei vorhergehenden Claſſen eine Klage an ſich begründet iſt, aber per exceptionem entkräftet wird.

naturalis obligatio. Dahin gehören folgende Fälle aus der oben aufgestellten Reihe.

Nudum pactum (Num. 1. im § 9).

Verhältniß zwischen Vater und Sohn (Num. 2. im § 10).

Verhältniß zwischen dem Herrn und Sklaven (Num 3 im § 10).

Verpflichtung des Sklaven gegen einen Fremden (Num. 4. im § 10).

Verpflichtung eines Unmündigen (Num 5. im § 10).

Restitution eines Fideicommisses (Num. 7. im § 11).

Minima capitis deminutio (Num. 8. im § 11).

Prozeßverjährung (Num. 11. im § 11).

4. Nulla jure civili obligatio, auch selbst als naturalis obligatio nicht wirkend.

Diese Fälle enthalten stets die absolute Verneinung einer Obligation mit allen denkbaren Wirkungen derselben.

Es gehören dahin die Verträge eines Wahnsinnigen oder eines Kindes.

Ferner die Obligationen, welchen zwingende Gesetze entgegen stehen, wovon schon oben am Schluß des § 12. gehandelt worden ist.

Endlich die aufgehobenen Obligationen, jedoch nicht in allen Fällen der Aufhebung, sondern nur in Folge der meisten und wichtigsten Aufhebungsarten wie: Erfüllung, Novation, Acceptilation, Confusion u. s. w.

Unter dieſen Vier Claſſen erfordert jetzt noch die zweite eine genauere Erwägung, indem ſich an die Natur derſelben mancherlei Mißverſtändniſſe angeheftet haben, die hier beſeitigt werden ſollen.

Der erſte Gegenſtand, welcher hier feſtgeſtellt werden muß, iſt die Gränze zwiſchen dieſer Claſſe und der erſten, worin neben der die Klage hemmenden Exception eine naturalis obligatio wirkſam beſteht. Woran haben wir nun zu erkennen, ob überhaupt eine Exception ſo beſchaffen iſt, daß die naturalis obligatio daneben beſtehen bleibt oder nicht?

Eine ſehr verbreitete Gränzbeſtimmung, die auch durch manche Stellen Römiſcher Juriſten beſtätigt ſcheint, geht dahin: es ſoll darauf ankommen, ob die Exception eingeführt ſey zur Strafe des Glaubigers, oder vielmehr zur Begünſtigung des Schuldners. Dieſe Anſicht muß als unhaltbar verworfen werden (g).

Die wahre Gränze liegt vielmehr darin: wenn die Exception übereinſtimmt mit den Grundſätzen des jus gentium (der naturalis ratio oder aequitas), ſo iſt auch die naturalis obligatio entkräftet; wenn dagegen die Exception nicht beruht auf dem jus gentium, ſondern auf den Regeln des blos poſitiven Rechts, ſo bleibt die naturalis obligatio wirkſam.

Für die Richtigkeit dieſer Gränzbeſtimmung entſcheiden

(g) Vgl. über dieſe ganze Frage: Syſtem B. 5 § 249.

folgende Gründe. Erſtens der oben entwickelte, innere Zuſammenhang der naturalis obligatio mit dem jus gentium überhaupt (§ 7). Zweitens die ſo eben überſichtlich zuſammengeſtellte Anwendung auf einzelne Fälle, die ſich aus dieſem Grundſatz leicht und unzweifelhaft erklärt, mit der einzigen Ausnahme der exceptio Sc. Velleiani, von welchem Fall ſogleich noch beſonders die Rede ſeyn wird. Endlich drittens folgende Stelle des Julian (h), worin nach Marcellus dieſe Gränzbeſtimmung eine unmittelbare Beſtätigung erhält:

> Marcellus: Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem.

Der Sinn iſt dieſer: Ein Schuldner iſt als befreit anzuſehen von ſeiner Schuld, nicht blos, wenn dieſe völlig vernichtet wird (wie durch Zahlung), ſondern auch, wenn er gegen des Glaubigers Klage eine in einer Rechtsregel begründete Exception erwirbt. Dieſes Letzte iſt jedoch nur wahr für die Exceptionen, welche in Uebereinſtimmung mit der aequitas naturalis (dem jus gentium) ſtehen, nicht für die, welche dieſer widerſprechen (i).

(h) *L.* 66 *de R. J.* (50. 17) aus Julianus lib. LX. Digestorum.

(i) Daß die naturalis ratio (alſo die aequitas naturalis) gleichbedeutend iſt mit dem jus gentium, indem ſie den Inhalt deſſelben bildet, wird unmittelbar ausgeſprochen in *L.* 9 *de J. et J.* (1. 1) und § 1. *J. de j. nat.* (1. 2), entnommen aus Gajus Lib. 1 § 1. — Vgl. auch Syſtem B. 1. S. 110.

Julian will alſo ſagen: wenn neben dem neu erworbenen jus exceptionis eine naturalis obligatio fortdauert, ſo hat der Schuldner noch nicht aufgehört, debitor zu ſeyn (k), weil noch immer manche wichtige Wirkungen eines Schuldverhältniſſes fortdauern (wie z. B. bei der verjährten Schuldklage); anders, wenn die Exception mit dem jus gentium übereinſtimmt (z. B. exc. pacti, jurisjurandi), denn nun kann man ihn gar nicht mehr einen debitor nennen, auch nicht einmal im uneigentlichen Sinn dieſes Wortes.

Die hier gegebene Erklärung der angeführten Stelle, insbeſondere des Ausdrucks exceptio justa, iſt nun noch zu beſtätigen und zu ergänzen durch die Betrachtung einiger anderen Stellen von verwandtem Inhalt. Es wird geſagt, eine Klage könne justa ſeyn (an ſich im Recht begründet), aber dennoch unter den gegebenen Umſtänden iniqua: dann werde ſie ausgeſchloſſen durch mancherlei

(k) Derſelbe Julian, von welchem unſere gegenwärtige Stelle herrührt, ſagt anderwärts, die naturales debitores führten mit Recht den Namen debitores, wenngleich nur minus proprie und per abusionem. Vgl. die im Text des § 7 bei Note p. abgedruckte Stelle, ſo wie die in § 7 Note f. g. h. angeführten Stellen. Der Sprachgebrauch war alſo hierin etwas unbeſtimmt und wechſelnd. Wenn daher in mehreren Stellen geſagt wird: creditor is est, qui exceptione (perpetua) summoveri non potest (*L.* 55 *L.* 10 *de V. S.*, *L.* 42 § 1 *de O. et A.*), ſo iſt dieſer unbedingte Ausdruck zu erklären theils aus dem eben erwähnten verſchiedenen Sprachgebrauch, theils daraus, daß in dieſen Stellen unter exceptio vorzugsweiſe eine dem jus gentium angemeſſene gedacht war, wie exc. pacti, doli, jurisjurandi, welche ja ohnehin häufiger vorkommen, als die anderen.

exceptiones (l). Und ganz auf dieselbe Weise wird, unserer Stelle noch näher tretend, gesagt: eine exceptio könne prima facie justa seyn, aber zugleich iniqua; dann könne sie ausgeschlossen werden durch eine replicatio (m). Dasselbe wird nachher in ganz gleichen Ausdrücken wiederholt bei den Duplicationen und den Triplicationen (n). In diesen Stellen wird also, ganz wie in der unserigen, von einer exceptio justa gesprochen, die dem jus gentium nicht entspricht (iniqua, ab aequitate naturali abhorrens). Nur geht daraus noch folgende nothwendige Ergänzung der hier aufgestellten Ansicht hervor. Zwar in allen Fällen solcher Art muß neben dem wirklich vorhandenen jus exceptionis eine naturalis obligatio fortwirken. Darin aber unterscheiden sich diese Fälle unter einander, daß in einigen derselben die Exception zugleich durch eine Replication entkräftet wird (o), in anderen Fällen aber nicht.

(l) *pr. J. de except.* (4. 12).

(m) *pr. J. de replic.* (4. 14). „Interdum evenit, ut exceptio, *quae prima facie justa videtur*, *inique* noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia, quae replicatio vocatur." Fast wörtlich gleichlautend mit Gajus Lib. 4 § 126.

(n) § 1. 2 *J. de replic.* (4. 14), aus Gajus Lib. 4 § 127. 128.

(o) Bei Gajus und in den Institutionen wird der Fall angegeben von einer pacti exceptio, entkräftet durch die pacti replicatio aus einem späteren Vertrag. Ebenso unzweifelhaft ist die replicatio doli, metus, jurisjurandi, wenn der Erlaßvertrag durch Betrug oder Drohung bewirkt, oder durch Eid abgeschworen worden ist. — Ganz willkürlich erklärt Kierulff S. 185 die exceptio non ab aequitate naturali abhorrens für eine Exception, welcher keine replicatio entgegensteht. Eben so willkürlich erklärt Fein S. 388 die exceptio justa in derselben Weise.

So wird die exceptio Sc. Macedoniani, rei judicatae u. ſ. w. nicht durch Replication entkräftet, weil dieſelben auf poſitiven Rechtsvorſchriften beruhen, deren Abſicht gerade dahin geht, daß die Klage in der That durch die Exception entkräftet werden und bleiben ſoll (p).

Es iſt bereits bemerkt worden, daß die exceptio Sc. Vellejani zu dem hier aufgeſtellten Grundſatz nicht paßt, da ſie an ſich eben ſo poſitiver Natur, dem jus gentium fremd iſt, wie die exceptio Sc. Macedoniani, und dennoch neben ihr die naturalis obligatio nicht beſteht (q). Ohne Zweifel hielt man den Schutz, welchen man den für Andere intercedirenden Frauen gewähren wollte, nicht für ausreichend, wenn nicht auch alle mit der naturalis obligatio verbundenen indirecten Wirkungen der Bürgſchaft ausge-

(p) Man könnte Anſtoß daran nehmen, daß dieſe Frage hier ſo ausführlich behandelt worden iſt. Dieſes iſt geſchehen mit Rückſicht auf die abweichende Anſicht eines Schriftſtellers neueſter Zeit. Fein nämlich (Archiv B. 26 S. 385 bis 393) fängt damit an, daß er meine, auf das jus gentium gegründete, Gränzbeſtimmung lobt; dann aber verwirft er ſie dennoch, und erklärt ſich für die (wie er glaubt) verſchiedene Regel, nach welcher es darauf ankommen ſoll, ob die Exception ab aequitate naturali abhorrens ſey. Ich glaube gezeigt zu haben, daß Dieſes durchaus nur verſchiedene Ausdrücke einer und derſelben Regel ſind. Buchka I. S. 320 fg. hat die Sache richtig aufgefaßt.

(q) Daß dieſe nicht beſteht, und daß namentlich solutum repeti potest, ſagt ausdrücklich *L.* 40 *pr. de cond. ind.* (12. 6), vgl. Syſtem B. 5 S. 375. 379. — Dennoch hat dieſer Schutz der Frauen einen eben ſo poſitiven, polizeilichen Charakter, wie das Sc. Macedonianum, da die Unfähigkeit erwachſener Frauen zu Bürgſchaften dem jus gentium eben ſo fremd iſt, wie ihre (im älteren Recht angenommene) Unfähigkeit zu Rechtsgeſchäften überhaupt (vgl. Gajus Lib. 1. § 189. 190).

ſchloſſen würden. So erſchuf man für dieſen einzigen Fall gleichſam eine künſtliche naturalis aequitas (r), und ſo ſonderbar Dieſes auf den erſten Blick erſcheint, ſo iſt es doch im Weſentlichen Daſſelbe, wie wenn überhaupt Geſetze von zwingender Natur die Anwendung des jus gentium in einzelnen Fällen verhindern (§ 7. t. u, § 12. p).

Ferner iſt für die Obligationen der hier erwähnten Claſſe zu unterſuchen, durch welchen Kunſtausdruck ſie von anderen unterſchieden werden können. Der einzige ſichere Ausdruck iſt: inanis obligatio. So wird insbeſondere genannt die Stipulation, die aus einem unſittlichen Beweggrund geſchloſſen wird, indem ſie durch eine doli exceptio völlig entkräftet wird (s); eben ſo aber auch die Bürgſchaft einer Frau, welcher die exceptio Sc. Vellejani hindernd entgegen ſteht (t).

Als Kunſtausdruck zu verwerfen iſt der von Manchen gebrauchte Name: *inefficax* obligatio. Allerdings heißt

(r) *L.* 2 § 2 *ad Sc. Vell.* (16. 1) „... cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi *non sit aequum*...“

(s) *L.* 8 *de cond. ob turp.* (12. 5).

(t) *L.* 8 § 9 *ad Sc. Vell.* (16. 1), *L.* 95 § 2 *de sol.* (46. 3). — Nicht beweiſend iſt *L.* 24 *mand.* (17. 1), welche auch auf die Unwirkſamkeit einer Klage durch Inſolvenz des Schuldners gehen könnte. Eben ſo auch *L.* 39 *de don. int. v.* (24. 1), wo inanis stipulatio eine nichtige Stipulation heißt.

einmal ſo die Stipulation, welcher eine doli exceptio entgegen ſteht, welcher Fall in der That hierher gehören würde (u). Dann aber wird auch ſo bezeichnet die bedingte Stipulation nach vereitelter Bedingung (v), und dieſer Fall gehört gar nicht hierher, da hier die Obligation vollſtändig vernichtet iſt, gerade ſo, als ob ſie gar nicht geſchloſſen worden wäre. Ganz beſonders aber zeigt ſich jene Bezeichnung unſeres Falles dadurch verwerflich, daß in mehreren Stellen die Stipulationsklage, welcher eine pacti oder doli oder metus exceptio entgegen ſteht, eine *efficax* actio genannt wird (w), augenſcheinlich in dem Sinn, daß die Klage an ſich begründet, und nur per exceptionem entkräftet iſt. Die Ausdrücke: efficax und inefficax bezeichnen alſo die Gültigkeit oder Ungültigkeit in irgend einer Hinſicht, und laſſen es ganz unentſchieden, aus welchem Grunde, und in welchem Grade, die Gültigkeit oder Ungültigkeit behauptet werden ſoll. Ganz in demſelben unbeſtimmten Sinn wird der Ausdruck inefficax auch von anderen Rechtsbegriffen gebraucht, z. B. inefficax traditio, decretum, sententia, pactum, legatum, ademtio.

Donellus bezeichnet unſere Fälle durch den Ausdruck: obligatio *sine re* (x), augenſcheinlich nach der Analogie der bonorum possessio sine re. Als Kunſtausdruck kann Dieſes nicht gelten, da es keinen quellenmäßigen

(u) *L.* 13 *de j. dot.* (23. 3).
(v) *L.* 11 § 5 *de receptis* (4. 8).
(w) § 1. 3 *J. de except.* (4. 12).
(x) Donellus Lib. 12 C. 2. § 2.

Grund hat. Allein die dadurch ausgedrückte Vergleichung mit einem anderen Rechtsinstitut ist allerdings passend und erläuternd.

Endlich ist noch eine nähere Bestimmung des Rechtsverhältnisses nöthig, welches bei den Obligationen der hier beschriebenen Classe anzunehmen ist.

Da hier die Klage durch Exception ausgeschlossen wird, die naturalis obligatio aber gar nicht vorhanden ist, so könnte man glauben, diese Obligationen ständen mit den völlig nichtigen auf ganz gleicher Linie. Allein sie unterscheiden sich von ihnen in folgenden Beziehungen, durch welche sie zufälligerweise wirksam werden können.

Erstens beruhen diese Exceptionen, so wie alle anderen, auf dem Recht einer bestimmten Person, können also von fremden Personen an sich gar nicht, sondern nur durch ihre juristische Verbindung mit jener Person geltend gemacht werden.

Zweitens beruhen sie stets auf einem selbstständigen Rechte, welches seine besondere Entwickelung haben, und für sich untergehen kann, in welchem Fall dann die ursprüngliche Obligation in voller Wirksamkeit, als klagbares Recht, erscheint (y).

(y) *L.* 95 § 2 *de sol.* (46. 3) „incipit obligatio civilis auxilium exceptionis amittere." *L.* 27 § 2 *de pactis* (2. 14). Vgl. System B. 5 S. 157.

Endlich drittens konnte die klagbare Obligation dadurch völlig wirksam werden, daß der Prätor die Exception in die Formel aufzunehmen unterließ, wenn zugleich die Klage eine solche war, in welcher der Judex nicht die Befugniß hatte, die Exception aus eigener Macht zu berücksichtigen.

Dennoch sind diese Umstände, wodurch eine solche Obligation hinterher wirksam werden kann, ganz zufällig, und dem Wesen der Obligation fremd. Daher gilt die inanis obligatio unter den in derselben ursprünglich stehenden Personen gleich einer nichtigen Obligation (z).

§. 14.

II. Arten der Obligation. Civilis und naturalis obligatio. Heutiges Recht.

Zum Schluß ist der Zustand der naturalis obligatio im heutigen Recht zu untersuchen.

Wie sehr diese Lehre bei neueren Schriftstellern in Zweifel und Verwirrung gerathen ist, wurde schon oben in vielen einzelnen Fragen dargestellt. Noch schlimmer aber waren die falschen Grundansichten, die hierin früher

(z) *L.* 7 § 8 *de dolo* (4. 3) „... debere dici, *quasi nulla actio sit*, quae exceptione repellitur, de dolo decernendam." — *L.* 25 *de V. O.* (45. 1) „quia superior *quasi nulla sit* exceptione obstante." — *L.* 112 *de R. J.* (50. 17) „*Nihil interest*, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur."

herrſchend waren, und erſt in neuerer Zeit ſeltener geworden ſind.

Dahin gehört vor Allem die Lehre, nach welcher jede aus dem Naturrecht abzuleitende Verbindlichkeit auch im bürgerlichen Recht volle Wirkung äußern müſſe, wenn ſie nicht in dieſem verboten oder in ihrer Wirkung abgeſchwächt worden ſey. Dabei lag zum Grunde ein völliges Verkennen des Römiſchen Begriffs vom jus gentium (in Verbindung mit der naturalis ratio), welches auch als ein poſitives Recht, nur verſchieden vom jus civile, gedacht wurde, folglich auf rein geſchichtlicher Grundlage ruhte. — Ferner die davon an ſich verſchiedene, aber in jene oft hinein ſpielende, Lehre von ſittlichen Verpflichtungen (Liebespflichten), welchen das Geſetz hier und da, nach Gutdünken, eine bürgerliche Wirkung beigelegt habe (a).

Die Geltung dieſer Lehre im heutigen Recht muß im Allgemeinen anerkannt werden, obgleich ein großer Theil der oben dargeſtellten Fälle aus verſchiedenen Gründen unanwendbar geworden iſt (b).

Der formloſe Vertrag (Num. 1.) kann als Entſtehungsgrund einer bloßen naturalis obligatio nicht mehr vorkommen, weil derſelbe im heutigen Recht, wie unten gezeigt werden wird, ein Klagerecht erzeugt. Die Sklavenverhältniſſe (Num. 3. 4) ſind für uns verſchwunden, und

(a) Vgl. über dieſe früheren Anſichten: Puchta Pandekten § 237. Note d.

(b) Dieſes iſt auch die Anſicht von Unterholzner I. § 9.

eben ſo die Strafe des jus iniquum (Num. 12), als eine der Römiſchen Verfaſſung eigenthümliche Staatsanſtalt. Die capitis deminutio mit dieſer beſonderen Wirkung (Num. 8), ſo wie die Prozeßverjährung (Num. 11) ſind ſchon im Juſtinianiſchen Recht außer Anwendung geweſen.

Unter den nun noch übrig bleibenden Fällen ſind mehrere von ſehr ſeltener Anwendung und darum von geringer praktiſcher Erheblichkeit.

Die wichtigſten Fälle für die heutige Anwendung möchten noch ſein: die Verjährung einer Schuldklage (Num. 10), und die ungerechte Freiſprechung eines wirklichen Schuldners (Num. 9). Bei dieſem letzten Fall jedoch war ſchon im Römiſchen Recht die eigentliche Wirkſamkeit ſehr eingeſchränkt (§ 11). In beiden Fällen aber ſtehen einer befriedigenden Anwendung folgende Umſtände im Wege. Durch die vielen Controverſen der Schriftſteller wird es den Richtern ſchwer werden, ſich in der Anwendung ſicher zurecht zu finden; dazu würde mehr Verbreitung gründlicher Rechtswiſſenſchaft durch gute Schule erforderlich ſeyn, als wir ſie beſitzen. Ferner hat das ganze Rechtsinſtitut ein verkümmertes Daſeyn durch das Verſchwinden ſo vieler Fälle bekommen, unter welchen gerade diejenigen waren, die der naturalis obligatio vorzugsweiſe eine Stelle in dem allgemeinen, nichtjuriſtiſchen, Rechtsbewußtſeyn verſchaffen konnten: ich meine den formloſen Vertrag, und die Sklavenverhältniſſe, die durch die

häufige Anwendung im wirklichen Leben vorzugsweise bekannt und geläufig zu werden geeignet waren.

Faſſen wir dieſe Bemerkungen in einen gemeinſamen Ueberblick zuſammen, ſo müſſen wir ſagen: Es iſt kein Bedürfniß vorhanden, in den Beſtand unſeres gemeinen Rechts von dieſer Seite durch Geſetzgebung abändernd einzugreifen, es iſt aber auch eben ſo wenig von der Anwendung dieſes Rechtsinſtituts eine erhebliche und heilſame Einwirkung auf das wirkliche Leben zu erwarten. Da, wo ohnehin eine neue Geſetzgebung, namentlich über das Prozeßrecht, nöthig oder räthlich gefunden wird, iſt die Aufnahme und Erhaltung gerade dieſes Inſtituts aus dem Römiſchen Recht kaum zu erwarten, da man ohne Zweifel vorziehen wird, durch einfachere, leichter erkennbare, Regeln die gleichförmige Anwendung zu ſichern.

Aber bei Weitem der wichtigſte Fall der Anwendung der Römiſchen naturalis obligatio, und der noch jetzt die größte Aufmerkſamkeit verdient, iſt der Fall des formloſen Vertrags. Zwar nicht, in ſofern von der Anwendung des gemeinen Rechts die Rede iſt, indem ſchon oben bemerkt worden iſt, daß in dieſem die Eigenthümlichkeit des nudum pactum, im Gegenſatz der Stipulation, für uns verſchwunden iſt; wohl aber da, wo durch neuere Geſetzgebung irgend eine poſitive Form der Verträge beſonders vorgeſchrieben iſt, welches eben ſowohl in Ländern, worin im Ganzen das Römiſche Recht gilt, als außer dem Bereich deſſelben, vorkommen kann. Hier iſt das dringende

Bedürfniß vorhanden, die Folgen der Vernachläſſigung jener vorgeſchriebenen Form klar zu denken und genau zu beſtimmen. Dazu könnte die im Römiſchen Recht ausgebildete Lehre der naturalis obligatio mit Erfolg benutzt werden, indem dadurch die Aufgabe auf befriedigende Weiſe gelöſt iſt. Möge man aber auch nicht an dieſe Beſtimmungen ſich halten, ſondern andere an deren Stelle ſetzen wollen, ſo muß in jedem Fall das praktiſche Bedürfniß anerkannt, und für deſſen Befriedigung geſorgt werden. Bleiben jene Folgen der vernachläſſigten Form unbeſtimmt, oder werden einzelne, in ſich nicht zuſammenhängende, wohl gar einander widerſprechende Vorſchriften gegeben, ſo iſt ein troſtloſer Zuſtand der Praxis unvermeidlich. Die ſich ſelbſt überlaſſenen Richter werden ſich nothdürftig durch Schriftſteller des gemeinen Rechts, wie ſie ihnen gerade der Zufall zuführt, zu helfen ſuchen, und ſo den vielfachen falſchen Auffaſſungen der Römiſchen Lehre von der naturalis obligatio verfallen, welche oben angedeutet worden ſind.

Zwei Beiſpiele werden dieſe Behauptungen ſowohl erläutern, als beſtätigen. Das Franzöſiſche Geſetzbuch erfordert für alle Verträge, deren Gegenſtand mehr, als 150 Franken beträgt, eine ſchriftliche Abfaſſung, in deren Ermangelung kein Zeugenbeweis zugelaſſen, alſo die Klage verſagt ſeyn ſoll (c). Es erſchafft alſo eine neue

(c) Code civil art. 1341—1348.

Art formloſer Verträge (ähnlich dem Römiſchen nudum pactum neben der Stipulation), läßt aber ganz dahin geſtellt, welche mindere Folgen etwa aus denſelben entſtehen möchten. Anderwärts wird die Rückforderung eines gezahlten indebitum zugelaſſen (d), und bei dieſer Gelegenheit wird hinzugefügt: La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Da nun in keiner anderen Stelle des Code, ſo viel ich weiß, der Begriff einer obligation naturelle beſtimmt wird, ſo ſcheint hierin die Erwartung ausgedrückt, der Richter werde die Römiſche Lehre von der naturalis obligatio zur Anwendung bringen, obgleich zu dieſem Zweck der Ausdruck volontairement acquittées nicht vorſichtig gewählt iſt, indem dieſer Ausdruck vielmehr auf eine mit Bewußtſeyn der Nichtſchuld vorgenommene Erfüllung zu deuten ſcheint. Auch iſt es nicht unwahrſcheinlich (obgleich nirgend geſagt), daß man gerade die Schuld aus einem mündlichen Vertrag über mehr, als 150 Franken, als eine obligation naturelle angeſehen wiſſen wollte, daß alſo der Richter eine ſolche Schuld ſo behandeln ſollte, wie die Römer das nudum pactum behandelten.

Die Preußiſche Geſetzgebung enthält weit mehr einzelne Beſtimmungen, die jedoch große Zweifel und Bedenken übrig laſſen.

(d) Code civil art. 1235. art. 1376—1381.

Im Allgemeinen versagt sie die Rückforderung jeder Zahlung, zu welcher auch nur eine moralische Verbindlichkeit, eine unvollkommene Pflicht, vorhanden war (e). Diese Bestimmung stimmt überein mit den Mißverständnissen älterer Schriftsteller über die Römische naturalis obligatio, und führt, wenn man sie wörtlich auffaßt, zu der (wohl schwerlich gemeinten) Annahme, daß bei irriger Voraussetzung einer Schuld das gezahlte Geld dennoch nicht zurück gefordert werden dürfe, wenn der Geber aus Barmherzigkeit oder Dankbarkeit zur Zahlung einer gleichen Summe (etwa zur Darreichung von Alimenten) verpflichtet wäre.

Ferner hat die Preußische Gesetzgebung vorgeschrieben, daß alle Verträge, welche einen höheren Werth, als 50 Thaler, zum Gegenstand haben, schriftlich abgeschlossen werden müssen, wodurch die mündlichen Verträge in diesem Fall eine ähnliche Natur, wie das Römische nudum pactum, annehmen (f). Diese Vorschrift ist darin strenger, als das Römische Recht, daß sie die Consensualcontracte von der Nothwendigkeit jener Form nicht ausnimmt, ja nicht einmal alle Realcontracte, sondern nur allein das Darlehen (g).

(e) A. L. R. I. 16. § 178. 179. Steht im Zusammenhang mit: Einleitung § 86, worin die Rede ist von unvollkommenen Rechten, d. h. von solchen, woraus weder Klagen, noch Einreden entstehen.

(f) A. L. R. I. 5 § 131. Die Grundlage dieser Vorschrift ist die (noch strengere) Verordnung vom 8. Febr. 1770 (N. C. C., B. 4 S. 6669).

(g) A. L. R. I. 11 § 727.

Wenn man nun fragt, welches die Folgen der vernachläſſigten Form, alſo der naturalis obligatio in dieſem Falle, ſind, ſo findet ſich die Beſtimmung, daß nur die vollſtändige Erfüllung von beiden Seiten, und zwar nur bei beweglichen Sachen, den Mangel der Form erſetze, und jede Anfechtung ausſchließe, woraus alſo folgt, daß bei einſeitiger, oder unvollſtändiger Erfüllung, und eben ſo bei unbeweglichen Sachen, das Gegebene ſtets zurück gefordert werden kann (h). Allein mit dieſer Beſtimmung iſt wieder ſchwer vereinbar die oben erwähnte allgemeinere Regel, nach welcher das Daſeyn einer blos moraliſchen Verbindlichkeit hinreichen ſoll, jede Rückforderung auszuſchließen (Note e); denn die moraliſche Verbindlichkeit, einen mündlich geſchloſſenen Vertrag zu erfüllen, wird kaum bezweifelt werden können. Auch wird in einer anderen Stelle die Rückforderung des Gezahlten, auf den bloßen Grund der fehlenden geſetzlichen Form, ausdrücklich verſagt, und dieſe Verſagung wird geradezu aus dem Daſeyn der moraliſchen Verbindlichkeit abgeleitet (i).

So iſt es alſo kaum möglich, in dieſer Lehre einen inneren Zuſammenhang anzuerkennen, und die reine An-

Die Verordnung von 1770 § 2. 6 hatte nicht einmal das Darlehen ausgenommen (welches kaum begreiflich iſt), ſondern dabei nur die Vindication der noch vorräthigen Geldſtücke zugelaſſen.

(h) A. L. R. I. 5 § 146. 147. Die hieraus im Text gezogene Folgerung wird theilweiſe anerkannt, ebendaſelbſt § 161.

(i) A. L. R. I. 16 § 184, worin (ganz folgerecht) auf den § 178 verwieſen wird.

wendung der im Römischen Recht enthaltenen, oben vorgetragenen, Regeln würde zu einem befriedigenderen Erfolg geführt haben (k).

§. 15.

III. Personen in der Obligation. A. Bestimmungsart der Personen.

Das dritte Stück, welches in Beziehung auf die allgemeine Natur der Obligationen eine genauere Bestimmung erfordert (§ 2), sind die in der Obligation stehenden Personen, welche oben als Gläubiger und Schuldner bezeichnet worden sind.

Manche, auf diese Personen bezügliche, wichtige Fragen betreffen nicht die Obligationen im Allgemeinen, sondern nur die, welche aus Verträgen hervorgehen, und werden daher zweckmäßiger nicht hier, sondern erst bei den Verträgen, als der wichtigsten Entstehungsart der Obligationen (Kap. 2), abgehandelt werden. Hiernach bleiben für den gegenwärtigen Punkt der ganzen Untersuchung nur zwei Fragen zu erwägen übrig:

(k) Ueber die Behandlung dieser Lehre in der Preußischen Gesetzgebung vgl. Koch Obligationen I. § 3, und Koch Preußisches Recht II. § 453, wo die Schwierigkeiten des Preußischen Rechts in dieser Lehre an wirklichen Fällen nachgewiesen werden.

A. Die Bestimmungsart der Personen.

B. Mehrere auf Einer Seite der Obligation stehende Personen.

A. Die Bestimmungsart der in jeder Obligation als Gläubiger oder Schuldner stehenden Personen, ist anzuknüpfen an die schon anderwärts angestellte allgemeinere Untersuchung über die Verknüpfung der Rechtsverhältnisse überhaupt mit einer bestimmten Person (a).

Wie bei den Rechtsverhältnissen überhaupt, so geschieht auch bei den Obligationen diese Verknüpfung mit den Rechtssubjecten regelmäßigerweise durch irgend ein das bestimmte Individuum betreffendes Ereigniß, also durch menschliches Handeln oder Leiden, welches sich unmittelbar auf bestimmte Personen bezieht, und wodurch diese, als Subjecte der Obligation, sogleich erkennbar werden.

Daneben aber giebt es auch eine abweichende, mehr künstliche, Verknüpfungsweise, die sich auf irgend eine allgemeine, mit den verschiedensten Individuen vereinbare, Eigenschaft gründet.

Wenden wir diese Betrachtung auf die Obligationen an, so wird es sich finden, daß eine solche ungewöhnlichere

(a) System B. 2 § 103.

Verknüpfungsweiſe vorzugsweiſe vermittelt werden wird durch irgend eine Sache. Dann wird das Eigenthum an dieſer Sache, oder irgend ein dingliches Recht an derſelben, oder der Beſitz der Sache, diejenige Eigenſchaft ſeyn, wodurch die Stellung des Glaubigers, oder die des Schuldners, vielleicht auch die Stellung beider Subjecte der Obligation, beſtimmt werden wird, obgleich an ſich ſelbſt alle dieſe Rechtsverhältniſſe dem Weſen einer Obligation völlig fremd ſind.

Im Römiſchen Recht iſt dieſe künſtliche Verknüpfungsweiſe weder ſehr häufig, noch von beſonderer Wichtigkeit. Sie findet ſich am Beſtimmteſten ausgebildet bei dem Niesbrauch, in welchem neben dem dinglichen Recht eine davon verſchiedene Obligation zwiſchen dem Inhaber des Rechts und dem Eigenthümer beſteht (b). Dieſe Obligation iſt unabhängig von der urſprünglichen Begründung des Niesbrauchs, alſo nicht etwa als Folge des Vertrags zu denken, durch welchen der Niesbrauch entſtanden ſeyn mag. Sie geht vielmehr auf Jeden, der zu irgend einer Zeit Inhaber des Eigenthums oder des Niesbrauchs ſeyn mag, auch wenn durch ſpätere Thatſachen eine völlige Veränderung in den urſprünglichen Berechtigten (ſelbſt durch Erſitzung) eingetreten ſeyn mag. — Aehnliche obligatoriſche Verhältniſſe, in Verknüpfung mit Eigenthum auf der einen Seite und jus in re auf der anderen, finden ſich bei der

(b) Vgl. beſonders den Digeſtentitel: *usufr. quemadm. cav.* (7. 9).

Emphyteuse und bei dem Pfandrecht. — Eine fernere Anwendung dieses künstlichen Verhältnisses im Römischen Recht tritt ein bei den actiones in rem scriptae, in welchen die Stellung des Schuldners und Beklagten als die bloße Folge des Besitzes einer Sache zu betrachten ist, also eines, der Obligation an sich völlig fremden, halb thatsächlichen, halb juristischen Verhältnisses (c).

In größerer Ausdehnung und Wichtigkeit findet sich die erwähnte künstliche Verknüpfungsweise im Deutschen Recht, namentlich bei den Reallasten und den Bannrechten. Hier ist bald die Stellung des Glaubigers, bald die des Schuldners, bald auch die eine und andere zugleich, mit ganz zufälligen, der Natur einer Obligation an sich fremden, Eigenschaften verbunden, und mit diesen Eigenschaften gehen jene Stellungen auf andere Personen über, ganz unabhängig von den Regeln, welche außerdem bei dem Uebergang von Obligationen beobachtet werden. Dennoch sind und bleiben solche Rechtsverhältnisse wahre Obligationen, und das Eigenthümliche derselben besteht nur in der Art, wie das Recht, oder die Verpflichtung, oder auch beides, mit bestimmten Personen verknüpft wird (d). Die wahre

(c) System B. 5 § 208.

(d) Wenn ein Bauergut eine jährliche Abgabe in Geld oder Getreide zu entrichten, oder Dienste zu leisten hat, so sind Dieses reine Obligationen. Dieselben Obligationen könnten in anderen Fällen zwischen bestimmten Individuen (und ihren Erben) errichtet werden. Hier aber sollen sie gelten zwischen dem jedesmaligen Eigenthümer des berechtigten Gutes (als Glaubiger) auf der einen Seite, und dem jedesmaligen Eigenthümer oder Erb-

Natur derselben wird nur verdunkelt durch den Sprachgebrauch mancher Schriftsteller, welche von subjectiv und objectiv dinglichen Rechten sprechen; dieser Sprachgebrauch ist auch in neuere Gesetzgebungen übergegangen (e).

Unter den Fällen, deren besondere Natur hier bemerklich gemacht worden ist, finden sich einige, zum Theil vorzüglich wichtige, welche nicht bei allen Obligationen überhaupt, sondern lediglich bei den obligatorischen Verträgen, vorkommen; diese werden daher nicht hier, sondern bei den Verträgen über Obligationen (Kap. 2) abgehandelt werden (f).

pächter (als Schuldner) auf der anderen Seite, ohne Rücksicht auf die Art, in welcher der Eine oder Andere zu seinem Grundbesitz gekommen seyn möge.

(e) Das Preußische A. L. R. I. 2 § 125—130. bestimmt die Kunstausdrücke auf folgende Weise. Dingliche Rechte sind von zweierlei Art: 1) In Beziehung auf das Subject, dem sie zukommen (verbunden mit einer Sache). Diese können in Rücksicht auf ihren Gegenstand blos persönlich, oder zugleich Rechte auf eine Sache seyn. 2) In Ansehung ihres Gegenstandes. Diese können in Ansehung des Subjects, welchem sie zukommen, blos persönlich, oder auch dinglich seyn. Die Rechte dieser zweiten Art heißen Rechte auf die Sache, und von ihnen sind die Gesetze zu verstehen, welche von dinglichen Rechten ohne weiteren Beisatz reden. — Wenn aus dieser Terminologie nicht so viel Verwirrung, als man vielleicht erwarten möchte, entstanden ist, so erklärt sich Dieses daraus, daß in der Darstellung der einzelnen Rechte verhältnißmäßig wenig Gebrauch davon gemacht wird.

(f) Es gehört dahin vorzüglich die wichtige und schwierige Lehre von den auf den Inhaber lautenden Papieren.

§. 16.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld. Einleitung.

Quellen.

Inst. III. 16. de duobus reis.

Dig. XLV. 2 de duobus reis.

Cod. VIII. 40. de duobus reis.

Schriftsteller.

Ribbentrop Lehre von den Correal-Obligationen. Göttingen 1831.

Koch Forderungen Bd. 2 § 61—66. Lehrbuch § 515 bis 519.

Puchta Pandekten und Vorlesungen § 233—235. Cursus § 263.

Vangerow S. 64—101.

Vgl. System B. 5 § 232 S. 220—222 § 235 (a).

Zum Wesen der Obligation gehören zwei einander gegenüber stehende Personen, ein Glaubiger und ein Schuldner (§ 2.).

(a) In den angeführten Stellen ist eine kurze Uebersicht dieser Lehre gegeben worden, bei Gelegenheit eines an sich verschiedenen, aber verwandten, Rechtsinstituts, nämlich der Concurrenz der Klagen.

Nun können aber die Thatſachen, woraus eine Obligation beſteht, ſo beſchaffen ſeyn, daß ſie ſich von Seiten des Glaubigers nicht auf eine einzige Perſon beziehen, ſondern gleichmäßig auf mehrere; Daſſelbe iſt möglich von Seiten des Schuldners, ja auch von beiden Seiten zugleich. Dann iſt zu beſtimmen, welche Folgen aus einer ſolchen Beſchaffenheit der Thatſachen hervorgehen.

Für ſolche Fälle iſt als Regel anzunehmen, daß durch bloße Rechnung die ſcheinbar einfache Obligation in ſo viele einzelne, von einander unabhängige, Obligationen aufgelöſt wird, als Perſonen auf der einen Seite derſelben ſtehen. Wenn alſo Einer an zwei vor ihm auftretende Perſonen Hundert zu zahlen verſpricht, ſo iſt es gerade ſo zu behandeln, wie wenn er jeder derſelben Fünfzig verſprochen hätte. Eben ſo auch, wenn zwei an einen Dritten Hundert verſprechen, iſt es Daſſelbe, als ob Jeder allein Fünfzig verſprochen hätte. Desgleichen, wenn zwei Miteigenthümer ein Landgut verpachten, oder wenn der einzelne Eigenthümer ein Landgut an zwei Perſonen verpachtet, ſo entſtehen für jeden der zwei Verpächter, oder jeden der zwei Pächter, Rechte und Verpflichtungen zur ideellen Hälfte, unabhängig von der daneben ſtehenden anderen Hälfte (b). Beide Obligationen haben nur die zufällig

(b) *L.* 11 § 1. 2 *de duob. reis* (45. 2), *L.* 5 *C. si certum* (4. 2), *L.* 1. 2 *C. si plures* (7. 55). Natürlich werden dabei Obligationen vorausgeſetzt, die ihrer Natur nach theilbar ſind, welches ohnehin die weit vorherrſchende Regel iſt. Die Modificationen, welche

gleichzeitige Entstehung mit einander gemein; ein innerer Zusammenhang besteht unter ihnen nicht.

Es kann aber auch, als Ausnahme, durch den Willen der betheiligten Personen, das völlig verschiedene Rechtsverhältniß festgestellt werden, in welchem sich eine und dieselbe Obligation ganz, ungetheilt, auf jeden Einzelnen der mehreren Glaubiger oder Schuldner bezieht. Sowohl die thatsächlichen Bedingungen dieser Ausnahme (die Entstehungsgründe), als die Wirkungen derselben, sind nunmehr einzeln anzugeben. Um aber das Verhältniß schon im Eingang anschaulich zu machen, ist sogleich die hervorstechendste Erscheinung desselben bemerklich zu machen. Sie besteht darin, daß Jeder der mehreren Glaubiger für sich allein auf das Ganze klagen kann, und daß die an Einen geleistete Erfüllung die Schuld für Alle tilgt; desgleichen, daß Jeder der mehreren Schuldner auf das Ganze verklagt werden kann, und daß durch die Erfüllung des Einen Alle befreit werden.

Schon hier muß jedoch gegen die Verwechslung gewarnt werden, die in einer irrigen Umkehrung dieses Verhältnisses bestehen würde; indem man annähme, daß überall, wo die eben erwähnte Erscheinung wahrzunehmen ist, auch die oben angegebene Ausnahme, nämlich eine und dieselbe, auf mehrere Personen im Ganzen bezügliche Obligation, vorhanden wäre. Vielmehr kann die erwähnte Erscheinung

bei untheilbaren Obligationen eintreten, können erst da erklärt werden, wo diese Art der Obligationen erwähnt werden wird (§ 34).

zufälligerweise auch neben ganz verschiedenen, von einander unabhängigen, Obligationen vorkommen (c).

Die Kunstausdrücke der Römer für das, in der angegebenen Ausnahme enthaltene, Rechtsverhältniß sind folgende. Die zu einem künstlichen Ganzen verbundenen Glaubiger oder Schuldner heißen duo rei (d). Zur Unterscheidung des Glaubigers vom Schuldner heißen sie duo rei credendi, debendi (e), oder, da die Stipulation der häufigste Entstehungsgrund einer solchen Ausnahme war: duo rei stipulandi, promittendi. Indessen ist zu bemerken, daß diese letzten Ausdrücke selbst neben anderen Verträgen, also außer der Stipulation, gebraucht werden (f). Einmal wird auch der Ausdruck correus gebraucht, um dieses Verhältniß zu bezeichnen, woraus denn neuere Schriftsteller die Ausdrücke: Correalschulden, und: Correalität, gebildet, und besonders häufig gebraucht haben (g); von

(c) Ribbentrop, der zuerst auf diese Verschiedenheit gründlich hingewiesen hat, bezeichnet (§ 5. 11. 27) die beiden erwähnten Fälle durch die Ausdrücke: Identität und Solidarität der Obligationen. Man kann sie auch unterscheiden durch die Benennungen: ächte und unächte Fälle der Correalität.

(d) Ueberschrift des Digestentitels XLV. 2: de duobus reis constituendis, eben so in *L.* 3 § 1 desselben Titels und in anderen Stellen. — Reus nämlich ist die gemeinsame Bezeichnung des Glaubigers und des Schuldners (§ 3. o).

(e) *L.* 34 *pr. de recept.* (4. 8).

(f) *L.* 9 *pr. de d. r.* (45. 2), von welcher wichtigen Stelle bald ausführlicher die Rede seyn wird (§ 17).

(g) Correus oder Conreus in *L.* 3 § 3 *de lib. leg.* (34. 3). (Conreus in der Flor., aber auch in Ausgaben der Vulgata, z. B. Ven. 1477, correus bei Haloander.) Durchaus verwerflich sind die daraus gebildeten Ausdrücke: cor-

dem Standpunkt dieſes Sprachgebrauchs aus iſt dann von einer activen und paſſiven Correalität die Rede, je nachdem mehrere Glaubiger oder mehrere Schuldner in ſolcher Weiſe verbunden ſind. Außerdem wird daſſelbe Verhältniß auch häufig bezeichnet durch den Ausdruck: *in solidum* obligari (h). Indeſſen iſt dieſer Kunſtausdruck ſehr unſicher. Derſelbe bedeutet überall ein unbeſchränktes Ganze, im Gegenſatz irgend einer Beſchränkung, es mag nun dieſe auf einer Theilung des Ganzen, oder auf einer Ausnahme oder einem Vorbehalt beruhen. Der Ausdruck wird alſo allerdings richtig gebraucht, um das hier beſchriebene perſönliche Correalverhältniß zu bezeichnen; aber auch eben ſo richtig bei einem perſönlichen Verhältniß von ganz verſchiedener Art (Note k); endlich auch bei manchen Beſchränkungen, die gar nicht mit dem perſönlichen Verhältniß mehrerer Glaubiger oder Schuldner zuſammenhängen. So wird derſelbe angewendet, um auszudrücken, daß ein Schuldner nicht blos für den gegenwärtigen Umfang eines Peculium verpflichtet ſey; oder nicht blos, in ſoweit er Etwas ererbt hat oder zahlungsfähig iſt; oder nicht mit dem Vorbehalt, ſich von einer noxalis actio durch noxae

realis und correalitas, wenn ſie als lateiniſche Worte gebraucht werden ſollen. Daß wir ſie in deutſcher Umbildung gebrauchen, iſt eben ſo wenig eine Inconſequenz, als wenn wir von Realität ſprechen, obgleich Niemand in lateiniſcher Rede das Wort realitas gebrauchen wird.

(h) *L.* 2 *de d. r.* (45. 2), § 1 *J. eod.* (3. 16) und manche andere Stellen.

datio frei zu machen (i). Jener Kunſtausdruck iſt alſo nur da eine ſichere Bezeichnung des Correalverhältniſſes, wo lediglich die Frage zu beantworten iſt, ob dieſes Verhältniß, oder vielmehr eine unter Mehreren getheilte Obligation vorliege.

Scheinbar ähnlich den hier behandelten Fällen, im Weſen aber davon völlig verſchieden, iſt das Verhältniß mehrerer unabhängiger Obligationen, die durch den Entſtehungsgrund und durch die Gleichheit des Gegenſtandes eine gewiſſe äußerliche Berührung mit einander haben können. Wenn zwei Perſonen gemeinſchaftlich einen Diebſtahl begehen, ſo wird Jeder derſelben auf die volle Strafe des Diebſtahls Schuldner, gerade ſo, als ob er allein geſtohlen hätte (k); beide Obligationen ſtehen in keiner inneren Verbindung. Derſelbe Fall tritt ein, wenn drei Perſonen zuſammen kommen, und der Eine an Jeden der Andern Hundert verſpricht, oder ſich von Jedem derſelben Hundert verſprechen läßt. Daraus entſtehen verſchiedene, von einander ganz unabhängige, Obligationen, eben ſo, als ob

(i) *L.* 44 *de peculio* (15. 1). — *L.* 152 § 3, *L.* 157 § 2, *de R. J.* (50. 17). — *L.* 23. 25 *de re jud.* (42. 1). — *L.* 2 *pr. de nox. act.* (9. 4).

(k) Vgl. unten § 20 c. Auch für dieſes Verhältniß wird der Ausdruck: in solidum obligari gebraucht. *L.* 1 *C. de cond. furt.* (4. 8) „singulos quosque *in solidum* teneri.“ Ferner *L.* 55 § 1 *de admin.* (26. 7), *L.* 21 § 9 *de furtis* (47. 1), *L.* 1 19 § *si is qui test.* (27. 4).

beide Verträge an verſchiedenen Orten und zu verſchiedenen Zeiten geſchloſſen worden wären (l). Alle Fälle der hier beſchriebenen Art alſo haben mit der oben aufgeſtellten Regel, ſo wie mit der Ausnahme derſelben, durchaus keine Verbindung, und ſie ſind hier nur erwähnt worden zur Warnung gegen mögliche Verwechslungen.

Bei dem hier aufgeſtellten Grundverhältniß von Regel und Ausnahme in der Lehre von der Correalſchuld iſt es nicht unwichtig, zu unterſuchen, ob die Römiſchen Juriſten in der Annahme dieſes Verhältniſſes von inneren Gründen, alſo von dem wahren Bedürfniß des Rechtsinſtituts, geleitet worden ſind, indem es davon abhängt, ob wir Urſache haben, uns mit jener Annahme auch für das heutige Recht zu befriedigen, oder vielmehr eine Umbildung des Grundſatzes für räthlich zu halten.

Die Beantwortung dieſer Frage wird jedoch erſt möglich ſeyn, nachdem das ganze Rechtsinſtitut in ſeinen einzelnen Beſtimmungen dargeſtellt ſeyn wird (vgl. § 22).

(l) *pr. J. de d. r.* (3. 16) „... Nam si prius Titius sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse.“

Neben der Correalschuld können in einzelnen Fällen manche andere Rechtsverhältnisse vorkommen, welche dann mit jener Schuld in mancherlei Berührungen treten können. Das wichtigste unter diesen Verhältnissen ist die Societät.

Sowohl mehrere Correalglaubiger, als auch Correalschuldner können unter einander in einer Societät stehen, und dieses Verhältniß wird dann die Grundlage der Correalschuld bilden. Ganz irrig aber würde es seyn, jede Correalschuld als verbunden mit einer Societät anzusehen. Diese Annahme findet ihre völlige Widerlegung in den Stellen des Römischen Rechts, welche geradezu voraussetzen, daß die Correalschuld bald mit einer Societät verbunden, bald ohne eine solche sey (m).

Möchte es sich auch bei der Betrachtung einzelner Rechtsverhältnisse finden, daß vielleicht die Verbindung der Correalschuld mit einer Societät sehr häufig, ja selbst, daß sie in den meisten Fällen vorzukommen pflege, so würden wir doch durch eine solche Wahrnehmung nicht berechtigt seyn, jene Verbindung als die juristische Regel anzusehen, wofür die Vermuthung spräche, und wozu sich die übrigen Fälle als bloße Ausnahmen verhielten. Vielmehr ist diese

(m) *L.* 34 *pr. de receptis* (4. 8), *L.* 3 § 3 *de lib. leg.* (34. 3), *L.* 62 *pr. ad L. Falc.* (35. 2), *L.* 10 *de duob. reis* (45. 2), *L.* 71 *pr. de fidej.* (46. 1). — Eben so läßt sich von dem Daseyn einer Societät nicht auf das Daseyn einer Correalschuld schließen. *L.* 12 *C. si certum* (4. 2). Beide Rechtsverhältnisse stehen ganz unabhängig neben einander, können aber willkürlich in Verbindung gebracht werden.

Verbindung eine ganz zufällige Thatsache, die stets von Demjenigen erwiesen werden muß, der sie behauptet, und daraus Vortheile für sich ableiten will.

§. 17.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld. Entstehungsgründe.

Als Ausnahme von der Regel kann das besondere Verhältniß vorkommen, in welchem eine und dieselbe Obligation sich auf jeden Einzelnen unter mehreren Glaubigern oder Schuldnern ganz, ungetheilt, bezieht (§ 16). Zunächst sind die Entstehungsgründe eines solchen exceptionellen Verhältnisses anzugeben.

Diese Gründe lassen sich einfach auf folgenden gemeinsamen Gesichtspunkt zurück führen. Die Ausnahme tritt ein, wenn die Personen, durch deren Thätigkeit die Obligation erzeugt wird, es so wollen; ohne diesen Willen tritt sie nur in dem einzigen Fall ein, wenn die Obligation selbst untheilbar ist, und auch hier nur für das Verhältniß mehrerer Schuldner (als passive Correalobligation) (a).

(a) Die Meinung der meisten neueren Schriftsteller geht dahin, daß das Correalverhältniß auch ohne den Willen des Betheiligten, durch gesetzliche Vorschrift, wie man sich ausdrückt, in sehr ausgedehnter Weise entstehen könne. Für den Fall der untheilbaren Obligation ist diese Entstehungsart so eben bereits anerkannt worden, und es wird davon unten ausführlich die Rede seyn (§ 34). Für die häufigeren Fälle der unächten Correalschuld wird jene Meinung in den § 20. 21 berichtigt werden.

Der entſcheidende Wille nun kann enthalten ſeyn in einem Vertrag, oder in der Verfügung eines Erblaſſers, oder in einem richterlichen Urtheil. Der Vertrag ferner kann ſeyn ein formeller, deſſen eigenthümliche Natur auf der bei der Willenserklärung angewendeten beſonderen Form beſteht: Stipulation, und Literalcontract. Aber auch jeder andere Vertrag kann für dieſen Zweck gebraucht werden.

Soll die Ausnahme durch Vertrag entſtehen, ſo wird der übereinſtimmende Wille der den Vertrag bildenden Perſonen (Glaubiger und Schuldner) vorausgeſetzt. Der letzte Wille, als Entſtehungsgrund jener Ausnahme, iſt ſeiner Natur nach ein einſeitiger Wille, und eben ſo verhält es ſich mit dem richterlichen Urtheil.

Hieraus ergeben ſich folgende mögliche Entſtehungsgründe der erwähnten Ausnahme, in ſofern dieſe auf dem Willen der Betheiligten beruht:

a. Stipulation.
b. Literalcontract.
c. Uebrige Verträge.
d. Letzter Wille.
e. Richterliches Urtheil.

Die beiden erſten ſind im heutigen Recht nicht mehr vorhanden, bedürfen aber dennoch einer genauen Darſtellung, weil ohne dieſe nur eine ſehr unvollſtändige Einſicht in die Ausſprüche des Römiſchen Rechts über das hier vorliegende Rechtsverhältniß gewonnen werden könnte.

a. Stipulation.

Die Stipulation war, wie überhaupt die vorherrſchende Grundlage des Rechtsverkehrs für die Römer, ſo auch die häufigſte Form, welche zur Begründung der Correalverhältniſſe angewendet wurde (b). Nur gilt für die Stipulation daſſelbe Verhältniß von Regel und Ausnahme, welches oben im Allgemeinen feſtgeſtellt worden iſt; denn die Hauptſtelle über dieſes Verhältniß (§ 16. b) ſpricht gerade von Stipulationen.

Auch hier alſo kam es auf die Auslegung der Willenserklärung an (c), und eine feſte, ausſchließend gültige, Formel gab es für dieſen Zweck nicht. Die unzweifelhafteſten Ausdrücke waren wohl dieſe: *eosdem* quinque aureos, *eandem* pecuniam, *eadem* decem spondeo (d), indem dadurch unverkennbar ausgedrückt war, daß der Gegenſtand der beiden Verpflichtungen nicht blos gleicher Art und Größe, ſondern ein und derſelbe (nur auf mehrere Perſonen zugleich bezüglich) ſeyn ſollte. Die gleichzeitige Verhandlung allein war zur Begründung der Ausnahme nicht hinreichend, ſo wie umgekehrt die ungleichzeitige Verhandlung die Ausnahme nicht nothwendig ausſchloß; eine mäßige Zwiſchenzeit zwiſchen beiden Verhandlungen ſollte daher für die Ausnahme nicht hinderlich ſeyn,

(b) Von der Begründung der Correalſchuld durch Stipulation handelt ausführlich Ribbentrop § 17.

(c) *L.* 3 *pr. L.* 4 *de d. r.* (45. 2).

(d) *pr. J. de d. r.* (3. 16), *L.* 2 *L.* 12 § 1 *eod.* (45. 2).

vorausgeſetzt nur, daß ſie an einem und demſelben Tage vorkamen (e).

Es muß aber hier Etwas voraus erwähnt werden, das erſt an einem ſpäteren Ort vollſtändig mitgetheilt werden kann. Die aus Verträgen entſpringenden Obligationen haben theils einen ſelbſtſtändigen Zweck, theils einen acceſſoriſchen, indem ſie blos dazu gegründet werden, um eine andere Obligation zu befeſtigen und zu unterſtützen. Dieſes geſchah bei den Römern regelmäßig durch Correalſchulden, die auf Stipulationen gegründet waren. Es geſchah aber ſowohl von Seiten des Glaubigers, der einen Nebenglaubiger (adstipulator) zuzog, als von Seiten des Schuldners (adpromissor), welches letzte Verhältniß jedoch ungleich häufiger und wichtiger war (f). In allen ſolchen Fällen nun entſtand ein zuſammengeſetztes Rechtsverhältniß. Es beſtand zwiſchen der Hauptperſon und der Nebenperſon eine wahre Correalſchuld, aber eben ſo auch in Wahrheit eine acceſſoriſche Schuld, und durch das Zuſammentreffen dieſer beiden Eigenſchaften konnte die Correalſchuld nicht in ihrer reinen und vollſtändigen Natur erſcheinen; ſie mußte vielmehr mancherlei

(e) *L.* 3 *pr. L.* 6 § 3 *L.* 12 *pr. de d. r.* (45. 2).

(f) Gajus Lib. 3 § 110—117. — *Adpromissores. L.* 64 § 4 *sol. matr.* (24. 3), *L.* 5 § 2 *de V. O.* (45. 1), *L.* 43 *de sol.* (46. 3). — Dieſe kamen vor in drei Formen mit ſehr verſchiedenen Rechten: Sponsores, fidepromissores, fidejussores. Gajus l. c. Schon im Juſtinianiſchen Recht iſt nur noch die letzte Form übrig (fidejussores).

Modificationen erleiden, die jedoch erst in anderem Zusammenhang ganz klar gemacht werden können, und an der gegenwärtigen Stelle nur sehr beiläufig zu erwähnen sind.

Dieses Alles übrigens ist auch für das heutige Recht wahr und von Wichtigkeit, nur mit dem untergeordneten und äußerlichen Unterschied, daß wir so wenig für die accessorischen Verträge, als für alle anderen Zwecke, die Stipulationsform anwenden, an deren Stelle überall der formlose Vertrag tritt.

b. Literalcontract.

Durch Gajus sind wir über den Literalcontract (die expensilatio durch nomen transcriptitium) hinreichend unterrichtet (g), um uns die Anwendung desselben auf die Bildung einer Correalschuld mit voller Sicherheit auf folgende Weise zu denken, in ganz ähnlicher Art, wie diese Bildung durch die Stipulation bewirkt wurde.

Wenn zwei Römer in ihren Hausbüchern einen Dritten als ihren Schuldner für eine und dieselbe Forderung eintrugen, so geschah dadurch völlig Dasselbe, wie wenn sie durch Stipulation duo rei stipulandi geworden wären. Eben so, wenn ein Römer in seinem Hausbuch zwei Andere als seine Schuldner für dieselbe Forderung eintrug. In beiden Fällen muß freilich die Einwilligung aller Be-

(g) Gajus Lib. 3 § 128. 129. Vgl. Savigny vermischte Schriften B. 1. Num. IX.

theiligten in die Entſtehung gerade eines ſolchen Rechtsverhältniſſes vorausgeſetzt werden, ſo wie dieſe Einwilligung überhaupt erforderlich war, wenn irgend ein Literalcontract Gültigkeit erhalten ſollte.

Eine Beſtätigung dieſes Zuſtandes des älteren Rechts durch unmittelbare Zeugniſſe haben wir allerdings nicht. Wohl aber finden ſich folgende Zeugniſſe, denen wir eine ganz gleiche Beweiskraft zuſchreiben können. Im Juſtinianiſchen Recht iſt bekanntlich der Literalcontract ganz verſchwunden, und ſchon zur Zeit der alten Juriſten dauerte er faſt nur noch in den Büchern der Argentarien fort, von welcher beſonderen Anwendung einzelne Spuren in die Digeſten übergegangen ſind. Zwei Stellen ſolcher Art beſtätigen völlig die oben aufgeſtellte Behauptung über den Literalcontract als Grund eines Correalverhältniſſes. Eine derſelben ſpricht von dem Erlaßvertrag durch die Stimmenmehrheit der Glaubiger eines inſolventen Schuldners. Sie ſagt, daß mehrere Inhaber derſelben Forderung als Ein Glaubiger anzuſehen ſind, und führt zur Erläuterung folgende Fälle an (h).

> Utputa plures sunt rei stipulandi *vel plures argentarii*, *quorum nomina simul facta sunt*, unius loco numerabuntur, quia unum debitum est.

Hier wird die expensilatio derſelben Forderung in den Büchern von zwei Argentarien auf gleiche Linie ge-

(h) *L.* 9 *pr. de pactis* (2. 14).

ſtellt mit einer gleichartigen Stipulation, und, eben ſo wie dieſe, als Entſtehungsgrund einer Correalſchuld anerkannt.

Die andere Stelle ſpricht von duo rei credendi durch Stipulation, deren einer ein Compromiß geſchloſſen hat, und ſtellt mit dieſen auf gleiche Linie zwei Argentarien, in deren Büchern eine und dieſelbe Forderung an einen Dritten eingetragen iſt (i):

> Idem in duobus argentariis, *quorum nomina simul eunt.*

Was hier von den Argentarien geſagt iſt, können wir unbedenklich für die ältere Zeit auf alle Römer übertragen, da es auch bei den Argentarien lediglich aus dem nomen factum (der expensilatio) abgeleitet wird, welches für die Argentarien und für andere Römer genau dieſelbe Natur hatte, nicht aus dem beſonderen gewerblichen Verhältniß der Argentarien, und namentlich nicht etwa aus einem Societätsverhältniß zwiſchen den hier erwähnten beiden Argentarien (k).

Unrichtig wird von manchen Schriftſtellern mit dieſem Verhältniß der Argentarien zu einer Correalſchuld ein ganz

(i) *L.* 34 *pr. de receptis* (4. 8). Vgl. über dieſe Stelle unten § 19. v.

(k) In der erſten Stelle (Note h) iſt von einer Societät gar nicht die Rede, in der zweiten (Note i) wird erwähnt, daß die beiden Argentarien socii ſeyn könnten, oder auch nicht. Von dieſem letzten Umſtand wird die Folge des Compromiſſes abhängig gemacht, nicht das Correalverhältniß der Argentarien an ſich, welches vielmehr in den vorhergehenden Worten unbedingt behauptet wird.

anderes zusammengestellt, welches nur eine äußerliche Aehnlichkeit damit hat, und in der That nur auf der gewerblichen Stellung der Argentarien beruhte. Ein einzelnes Bankgeschäft (argentaria) konnte bald einem einzigen Herrn angehören, bald Mehreren, welche dann eine gewerbliche Societät für dieses Geschäft bildeten (l). Auch in diesem letzten Fall war das Geschäft selbst, so wie das darüber geführte Buch, ein einfaches, ohne Unterschied, ob die Eintragungen von einem der Gesellschafter allein, oder von mehreren oder allen abwechselnd, besorgt zu werden pflegten. Wenn nun ein anderer Römer mit dieser Bank im Geschäftsverkehr stand, und in seinem eigenen Hausbuch die Bank durch expensilatio zu seinem Schuldner machte, so konnte gezweifelt werden, wen er hieraus zu verklagen habe: ob jeden Gesellschafter theilweise, oder etwa Den, welcher an der Spitze des Geschäfts stand und auf dessen Namen (Firma) dasselbe geführt wurde. Bei der großen Wichtigkeit der Argentarien war es für die Sicherheit der übrigen Römer wünschenswerth, die Klage möglichst zu erleichtern. Daher wurde durch Gewohnheitsrecht die Regel anerkannt, daß jedes einzelne Mitglied der Gesellschaft die Klage für die ganze Schuld übernehmen müsse (m). Dadurch entstand also ein der Correalschuld

(l) Von einer solchen Societät spricht *L.* 52 § 5 *pro socio* (17. 2).

(m) Auct. ad Herennium II. 13 „Id quod *argentario* tuleris expensum, *a socio ejus* recte

ähnliches Verhältniß; es war aber von der wahren Correalschuld durch Vertrag, namentlich durch einen Literalcontract, schon darin verschieden, daß der Römer, der jetzt den einzelnen Gesellschafter auf die ganze Schuld verklagen durfte, an diesen zur Zeit der Eintragung vielleicht gar nicht gedacht hatte. Es war also eine ganz einzeln stehende Rechtsregel für das Gewerbe der Argentarien, die hier zur Anwendung kam, und diese Regel stand nicht im Zusammenhang mit dem ganzen System des Correalverhältnisses.

Dieselbe Frage aber konnte auch umgekehrt vorkommen, wenn von Seiten jener Bank eine in ihrem Buch eingetragene expensilatio eingeklagt werden sollte. Die Gerechtigkeit forderte, daß dieselbe Regel zu ihrem Vortheil und ihrer Erleichterung angewendet werden mußte, die so eben, als zu ihrem Nachtheil geltend, erwähnt worden ist. Dann mußte also jeder einzelne Gesellschafter die ganze Forderung einklagen können. In der That wurde diese Rechtsregel durch Constitutionen der Kaiser anerkannt (n), und diese Regel hatte dieselbe gewerbliche, isolirte Natur, welche so eben für die umgekehrte Regel angenommen worden ist. Beide Regeln waren Bestandtheile des Römischen Handels-

repetere possis." Damit wird sowohl die Theilung der Klage, als die Beschränkung derselben auf diesen oder jenen einzelnen Gesellschafter, verneint. Es läßt sich diese solidarische Verpflichtung auf die Grundsätze der institoria actio zurückführen. (Vgl. unten § 21.) — Sehr unsicher ist die Erwähnung bei Quinctilian. V. 10 § 105.

(n) *L. 27 pr. de pactis* (2. 14) „... tantum enim *constitutum est*, ut *solidum alter petere possit*." (vgl. unten § 18. u.).

rechts, und lagen außer der allgemeinen Lehre vom Correalverhältniß.

c. Uebrige Verträge.

Die Begründung des Correalverhältnisses durch Stipulation (und Literalcontract) mag vielleicht in der älteren Zeit allein üblich gewesen seyn; schon zur Zeit der classischen Juristen aber war es als unzweifelhafte Regel anerkannt, daß ein solches Verhältniß in den Verträgen, die bonae fidei waren, auch durch eine formlose Verabredung, also ohne Stipulation, begründet werden könne. Auch darf Dieses nicht etwa als eine Abweichung von Grundsätzen, blos zur Erleichterung des Verkehrs eingeführt, angesehen werden. Es war vielmehr eine unmittelbare Folge der viel allgemeineren Regel, nach welcher in jener ganzen Classe von Verträgen jede formlose Nebenabrede eine klagbare Natur haben sollte (o).

Die merkwürdige Stelle des Papinian, welche den hier erwähnten Grundsatz allgemein ausspricht, lautet so (p):

> Eandem rem apud duos pariter deposui, *utriusque fidem in solidum secutus* (q), vel eandem rem duobus *similiter* (r) commodavi;

(o) *L.* 7 § 5 *de pactis* (2. 14).

(p) *L.* 9 *pr. de d. r.* (45. 2). Ausführlich und gründlich handelt von dieser Stelle Ribbentrop § 19. 20.

(q) Dieses ist also die besondere Nebenbestimmung des Vertrags, wodurch dessen exceptionelle Natur festgestellt wird, ganz wie dieses in *L.* 11 *eod.* auch bei der Stipulation erfordert wird, s. o. § 16. Note b. und h.

(r) „similiter", in derselben

fiunt duo rei promittendi (s), quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus (t), veluti emtione, venditione, locatione, conductione, depósito, commodato, testamento (u).

Der Grundſatz, der hier allgemein ausgeſprochen wird, kommt auch noch anderwärts in einzelnen Anwendungen vor: namentlich bei Kauf und Miethe, desgleichen bei dem Conſtitutum (v), welches letzte, als prätoriſcher Vertrag, eine eben ſo freie Natur haben mußte, als im Civilrecht die b. f. Contracte.

Weiſe, alſo gleichfalls in solidum. Irrig lieſ't die Vulgata *simul*. Daß die Sache an Beide zugleich hingegeben wurde, konnte nicht hinreichen, die Anwendung der Ausnahme zu begründen.

(s) Es ſoll alſo nicht blos daſſelbe Recht gelten, wie bei einer Stipulation von dieſem Inhalt, ſondern es wird ſogar derſelbe Kunſtausdruck angewendet, der eigentlich nur auf die Stipulation paßt (§ 16. f); ohne Zweifel, damit über die völlige Gleichheit des Rechts in dieſen verſchiedenen Fällen um ſo weniger Zweifel übrig bleiben könne.

(t) Hier iſt in der Stelle eine augenſcheinliche Lücke, und zwar gleichmäßig in der Florentina und der Vulgata, jedoch ſo, daß die Ausfüllung, dem Sinn nach, durch den Zuſammenhang unzweifelhaft wird. Die Gloſſe ſagt: „Supple *fiunt duo rei promittendi*, secundum Martinum", welche Worte alſo hinter contractibus eingeſchaltet werden müßten. Mit ganz gleichem Sinn lieſ't die Ausgabe Lugd. 1551. 4. (und eben ſo Charondas am Rande): *ceteris fiunt contractibus*. Vgl. Ribbentrop S. 120.

(u) Das Teſtament wird hier unter die Contracte gerechnet in dem allgemeinen Sinn des Wortes contractus, nach welchem es gleich umfaſſend iſt mit obligatio. Vgl. *L.* 20 *de jud.* (5. 1), *L.* 52 *de re jud.* (42. 1).

(v) *L.* 13 § 9, *L.* 47 *loc.* (19. 2), *L.* 13 *C. eod.* (4. 65), *L.* 31 § 10 *de aedil. ed.* (21. 1) (vgl. Ribbentrop S. 159). — *L.* 16 *pr. de pec. const.* (13. 5).

In der angeführten allgemein redenden Stelle, ſo wie in dieſen beſonderen Anwendungen, iſt nur von mehreren Schuldnern ſolcher Art (dem paſſiven Correalverhältniß) die Rede, nicht von mehreren Glaubigern, und man könnte daher zweifeln, ob auch dieſe bei den Verträgen der hier erwähnten Claſſe in ein Correalverhältniß eintreten möchten. Dennoch würde ſchon die Analogie der Stipulation (duo rei *stipulandi*) hinreichen, dieſen Zweifel zu beſeitigen. Es findet ſich aber auch Eine Stelle, welche das Correalverhältniß mehrerer Glaubiger bei dem Depoſitum, alſo bei einem Vertrage der hier vorliegenden Claſſe, ausdrücklich anerkennt (w). Die ſeltene Erwähnung dieſes Verhältniſſes, wodurch ſogar ein Zweifel an deſſen Zuläſſigkeit möglich werden konnte, erklärt ſich aus dem Umſtand, daß in allen Beziehungen das paſſive Correalverhältniß ungleich häufiger und wichtiger iſt, als das active (Note f).

Nach der hier gegebenen Zuſammenſtellung könnte man verſucht ſeyn, anzunehmen, daß bei einem der häufigſten und wichtigſten Verträge, nämlich bei dem Darlehen, eine ſelbſtſtändige Begründung des Correalverhältniſſes nicht möglich, ſondern dazu ſtets eine Stipulation

(w) *L.* 1 § 44 *depos.* (16. 3) „Sed si duo deposuerint, et ambo agant, *si quidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere;* sin vero pro parte, pro qua eorum interest, tunc dicendum est, in partem condemnationem faciendam.“ Das Letzte iſt wieder, ſo wie überall, die Regel, die ſich von ſelbſt verſteht; das Erſte iſt die Ausnahme, die einer beſonderen Abrede bedarf.

erforderlich geweſen wäre. Das Darlehen iſt nicht bonae fidei, alſo paßt darauf der durchgreifende Ausſpruch des Papinian und deſſen höherer Grund (Note o) buchſtäblich nicht. Auf der anderen Seite aber zieht das Darlehen auch nicht, wie die Stipulation, ſeine obligirende Kraft aus einer poſitiv beſtimmten Form der Willenserklärung, ſondern vielmehr aus dem natürlichen Act des Gebens und Empfangens zu wahrem Eigenthum, welcher Act an ſich die ſolidariſche Verpflichtung Mehrerer nicht bewirkt, indem das Eigenthum des Geldes ſtets nur auf Einen ganz, oder auf Mehrere theilweiſe, gebracht werden kann. Dennoch muß auch bei dem Darlehen angenommen werden, daß das Correalverhältniß durch formloſe Abrede, ohne Stipulation, gegründet werden konnte. Denn es war ſchon zur Zeit der alten Juriſten manche Erleichterung der Form bei der Stipulation anerkannt worden. Eine gleichartige Erleichterung wurde dann auch auf das Darlehen angewendet, bei welchem daher die ſelbſtſtändig wirkſame Kraft der Nebenabreden in folgendem Ausſpruch des Ulpian anerkannt wird (x): „Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae: et ideo et conditiones".

Unter dieſe ſelbſtſtändig wirkſamen Nebenabreden gehörte nun gewiß auch das Correalverhältniß, bei welchem Nie-

(x) *L. 7 de R. C.* (12. 1). Vgl. Savigny Syſtem B. 6 § 268.

mand zweifeln kann, daß es unter die Dinge gehörte quae inseri stipulationibus possunt. Dann alſo führte die Conſequenz dahin, daß bei dem Darlehen die ſolidariſche Verpflichtung durch formloſen Vertrag neben dem Geben und Empfangen, alſo ohne Stipulation, begründet werden konnte.

Daß nun dieſe Conſequenz wirklich anerkannt wurde, erhellt aus drei Reſcripten von Diocletian, in welchen das Darlehen an ſich (der Realcontract) und die Stipulation neben einander, als coordinirte, alternative, Gründe einer ſolidariſchen Verpflichtung aufgeſtellt werden (x[1]). — Nach dem heutigen Recht würde es ohnehin keinen Zweifel haben können, daß das Darlehen hierin mit allen übrigen Verträgen auf völlig gleicher Linie ſtehe.

d. Letzter Wille (y).

Durch letzten Willen kann ein Correalverhältniß in der Art gegründet werden, daß der Erbe Einem von Mehreren ein Legat auszahlen ſoll, die dadurch duo rei credendi werden. Dann hat der Erbe unter dieſen Mehreren

(x[1]) *L.* 5 *C. si cert. pet.* (4. 2) „Si non singuli in solidum *accepta mutui quantitate vel stipulanti creditori* sponte vos obligastis ...“ *L.* 9 *C. eod.* „si *duos reos stipulandi vel re pro solido tibi quaesitam actionem* ... animadverterit (judex) ...“ *L.* 12 *C. eod.* „Si ... cum Jone mutuam sumsisti pecuniam, *nec re, nec solemnitate verborum* vos obligastis in solidum“... Ribbentrop S. 111. nimmt an, neben dem Darlehen ſey nur durch Stipulation eine ſolidariſche Verpflichtung entſtanden.

(y) Vgl. Ribbentrop S. 42 bis 43 S. 117—119.

die Wahl; bleibt er aber unthätig, ſo kann ein Einzelner unter jenen das ganze Legat einklagen, wodurch nun die übrigen ausgeſchloſſen werden (z). Im älteren Recht war es ſtreitig, ob dahin auch der Fall zu rechnen ſey, wenn der Erblaſſer ſagte: „illi aut illi do lego vel dari volo," und welchen Sinn überhaupt dieſer Ausdruck habe. Juſtinian entſcheidet dahin, es ſolle das aut für et gelten, und jeder Legatar ſolle die Hälfte des Legats bekommen, alſo ohne Correalverhältniß (aa).

Umgekehrt kann der Erblaſſer jedem von mehreren Erben die Entrichtung eines Legats in solidum auftragen. Dann hat der Legatar die Wahl, welchen Erben er auf das Ganze belangen will (bb).

e. Richterliches Urtheil.

Wenn in einem und demſelben Urtheil Mehrere auf eine Geſammtſumme verurtheilt werden, ſo verhält es ſich eben ſo, wie mit einem Vertrag. In der Regel iſt die Verpflichtung auf jeden Einzelnen nur theilweiſe zu beziehen, ohne Haftung für die Uebrigen. Es kann aber auch Jeden verpflichten, für die Zahlungsunfähigkeit der Anderen einzuſtehen. Es kann endlich noch weiter gehen, indem es ſie ſolidariſch verpflichtet. Dann iſt das Urtheil Ent-

(z) *L.* 16 *L.* 24 *de leg.* 2 (31. un.).

(aa) *L.* 4 *pr.* § 1 *C. de verb. et rer.* (6. 38).

(bb) *L.* 8 § 1 *de leg.* 1 (30. un.), *L.* 25 *pr. de leg.* 3 (32. un.). — Dieſer Fall wird auch in der oben abgedruckten Stelle über die Verträge erwähnt, Note p. und u.

stehungsgrund eines wahren Correalverhältnisses, und steht mit den bisher angegebenen Entstehungsgründen ganz auf gleicher Linie (cc).

§. 18.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld. Wirkungen.

Bei den Wirkungen des Correalverhältnisses sind zwei Bemerkungen vorauszuschicken. Erstlich, daß dieselben für das active und das passive Correalverhältniß gleich stehen, so daß jedes alte Zeugniß für das eine derselben, zugleich für das andere als beweisend angesehen werden darf. Zweitens, daß die hier aufzustellenden Regeln auch auf die accessorischen Correalverhältnisse (§ 17. f) anwendbar sind, mit Vorbehalt der Modificationen, die erst bei den accessorischen Obligationen überhaupt angegeben werden können.

(cc) *L.* 1. 2 *C. si plures* (7. 55), *L.* 43 *de re jud.* (42. 1). Entscheidend sind die Anfangsworte der ersten unter diesen Stellen: „Si non singuli in solidum ... condemnati estis.“ Dieses wird also hier als ein ganz zulässiger und wirksamer Inhalt des Urtheils anerkannt. Ein solches Urtheil kann vorkommen, wenn gerade das Daseyn eines passiven Correalverhältnisses bestritten wird, und nun der Gläubiger alle Schuldner zusammen verklagt, so daß das Urtheil eben die streitige Correalität feststellt. Vgl. über diesen Fall: Glück B. 4 S. 517. Mühlenbruch II. § 491.

Unter den Wirkungen selbst sind zwei an die Spitze zu stellen, als die einfachsten und unzweifelhaftesten.

A. Jeder Glaubiger hat das Recht, die ganze Forderung von dem gemeinsamen Schuldner einzuklagen (a).

Jeder Schuldner hat die Verpflichtung, von dem gemeinsamen Glaubiger auf die ganze Schuld sich verklagen zu lassen. Jedoch ist Dieses blos ein Recht des gemeinsamen Glaubigers; zieht also dieser es vor, die einzelnen Schuldner theilweise zu verklagen, so ist er auch dazu berechtigt, da ein solches Verfahren nur als eine Erleichterung für die Schuldner anzusehen ist (b). — Wenn einer der Schuldner durch seine positiven Handlungen die Erfüllung der Obligation verhindert (z. B. den versprochenen Sklaven tödtet), so sind dadurch auch die übrigen obligirt; dagegen soll die Mora des einen (als bloßes Unterlassen) den übrigen Schuldnern nicht zum Nachtheil gereichen (c).

(a) *L.* 31 § 1 *de nov.* (46. 2), *L.* 16 *de leg.* 2 (31. un.).

(b) *L.* 3 § 1 *L.* 11 *pr. de d. r.* (45. 2), *L.* 8 § 1 *de leg.* 1. (30. un.). — Bei der Correalobligation, welche nicht durch Stipulation, sondern durch freien Vertrag neben einem b. f. Contract entstand, und die überhaupt einer neueren Entwickelung des Instituts anzugehören scheint (§ 17), tauchte wohl auch die Meinung auf, im Fall der Zahlungsfähigkeit beider Schuldner sey jeder nur zur Hälfte zu verklagen; allein selbst der Jurist, der diese Meinung erwähnt, räumt doch ein, daß dieselbe nach Rechtsgrundsätzen nicht haltbar sey. *L.* 47 *locati* (19.2). Durch die partielle Klage wird das solidarische Recht auf den Rest nicht aufgehoben.

(c) *L.* 18 *de d. r.* (45. 2). — *L.* 32 § 4 *de usur.* (22. 1), *L.* 173 § 2 *de R. J.* (50. 17).

B. Die Erfüllung, die an Einen von mehreren Glaubigern vorgenommen wird, tilgt zugleich die Forderung der übrigen, sie mag freiwillig oder erzwungen geschehen seyn. Dieselbe Folge tritt ein, wenn die Forderung theilweise gegen mehrere Glaubiger erfüllt wird (d).

Eben so kann umgekehrt Jeder von mehreren Schuldnern durch seine Erfüllung die Schuld aller übrigen tilgen (e). Desgleichen kann die Erfüllung von jedem einzelnen Schuldner theilweise bewirkt werden (f).

Nun giebt es aber, außer der Erfüllung, noch manche andere Thatsachen, wodurch eine Obligation gleichfalls, und zwar bald mehr, bald weniger, vollständig aufgehoben werden kann; die Einwirkung dieser Thatsachen auf das Correalverhältniß muß nunmehr festgestellt werden, und hierin ist Manches schwierig und zweifelhaft. Zwar eine erschöpfende Behandlung dieser Fragen ist erst in der Lehre von der Aufhebung der Obligationen möglich; es wird aber hier darauf ankommen, einen Theil dieser Lehre für den hier vorliegenden besonderen Zweck voraus zu nehmen.

Die erwähnten Thatsachen lassen sich auf vier Classen zurück führen:

Surrogate der Erfüllung (wodurch Dasselbe,

(d) § 1 *J. de d. r.* (3. 16), *L.* 31 § 1 *de nov.* (46. 2), *L.* 16 *de leg.* 2 (31. un.). — *L.* 34 § 1 *de sol.* (46. 3).

(e) § 1 *J. de d. r.* (3. 16), *L.* 3 § 1 *de d. r.* (45. 2).

(f) *L.* 8 § 1 *de leg.* 1 (30. un.), *L.* 34 § 1 *de sol.* (46. 3).

wie durch die Erfüllung, nur auf anderem Wege, bewirkt wird).

Uebereinstimmender Wille der Betheiligten über Aufhebung der Obligation.

Ereigniſſe in Beziehung auf Klage und Prozeß.

Zufällige Ereigniſſe.

Eine beſondere Schwierigkeit liegt aber darin, daß dieſe Claſſen nicht überall durch ſcharfe Gränzen von einander geſchieden ſind, indem manche Fälle bald der einen, bald der anderen Claſſe zugezählt werden können.

Ich will nun eine Reihe einzelner Thatſachen aufſtellen, und bei jeder derſelben die Frage zu beantworten ſuchen, ob ſie auf eine Correalſchuld (ſo wie die wirkliche Erfüllung) aufhebend einwirkt oder nicht (g).

(g) Keller, Litiscontestation S. 446—449, ſtellt den Grundſatz auf, es komme darauf an, ob eine Thatſache den objectiven Beſtand der Obligation ſelbſt betreffe, oder blos ihre ſubjective (perſönliche) Beziehung. Eine ſehr beſtimmte Anerkennung dieſes Grundſatzes findet ſich in folgenden Worten der *L.* 19 *de d. r.* (45. 2): „multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur; quum persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus.“ Als formellen Grundſatz kann man Dieſes auch wohl zugeben, nur iſt damit die Schwierigkeit keineswegs beſeitigt, indem wieder die Gränze dieſer beiden Fälle neue Zweifel erregt.

Zuerst von den Surrogaten der Erfüllung.

1. Gerichtliche Depositon des einem Glaubiger angebotenen, von Diesem nicht angenommenen Geldes. Diese gilt der wirklichen Zahlung völlig gleich, und der Glaubiger hat das Recht, das Geld abzufordern, so, als wenn er selbst es deponirt hätte (h).

Geschieht daher diese Handlung von dem gemeinsamen Schuldner, gegenüber von einem aus mehreren Glaubigern, so haben die übrigen kein Recht an dem Geld, da der Schuldner die Wahl hat, an wen er zahlen will (Note d), die Deposition aber als wahre Zahlung an den gewählten Glaubiger anzusehen ist.

Auf gleiche Weise werden alle Schuldner frei, wenn einer aus ihnen das Geld dem gemeinsamen Glaubiger anbietet und dann deponirt.

2. In solutum datio.

Wenn ein Geldschuldner mit Einwilligung des Glaubigers eine andere Sache anstatt des Geldes giebt, so wird er ipso jure frei von der Geldschuld (i).

Diese allgemeine Regel ist auch anwendbar auf den Fall mehrerer Glaubiger in solidum, so wie mehrerer Schuldner in solidum, wenn einer unter diesen

(h) *L.* 19 *C. de usur.* (4. 32), *L.* 9 *C. de sol.* (8. 43).

(i) Gajus Lib. 3 § 168, *pr. J. quib. modis* (3. 29). Die Proculianer nahmen eine Befreiung per exceptionem an, die Sabinianer ipso jure. Im Justinianischen Recht wird blos diese letzte Auffassung erwähnt.

Mehreren mit dem gemeinsamen Gegner ein solches Abkommen trifft. Man könnte zweifeln, ob Dieses als reines Surrogat der Erfüllung gelten dürfe, da es möglich ist, daß die hingegebene Sache einen geringeren Werth hat, dann also nicht die ganze Schuld deckt. Dieser Zweifel aber verschwindet durch die Betrachtung, daß das erwähnte Geschäft in Wahrheit eine zusammengesetzte Natur hat: es besteht aus einem Verkauf der Sache um eine der früheren Geldschuld gleiche Summe, und aus Zahlung der Schuld durch Aufrechnung gegen den Kaufpreis.

3. Novation.

Die Novation, die Einer unter mehreren Glaubigern mit dem gemeinsamen Schuldner vornimmt, tilgt die Schuld auch für die übrigen Glaubiger. — Eben so verhält es sich mit der Novation zwischen dem gemeinsamen Glaubiger und Einem der mehreren, ihm gegenüber stehenden Schuldner; alle diese Schuldner werden dadurch frei (k).

Der letzte dieser beiden Sätze kann keinen Zweifel haben, da der allein dabei betheiligte Glaubiger durch seine freie Handlung die Veränderung bewirkt hat. Eher könnte man an dem ersten Satz zweifeln, da die übrigen Glau-

(k) *L.* 31 § 1 *de nov.* (46. 2) von Venulejus. Vgl. über diesen ganzen Fall: Ribbentrop S. 268 fg. — Der Zweifel, der aus *L.* 27 *pr. de pactis* (2. 14) entnommen wird, kann erst weiter unten beseitigt werden. Vgl. die im Text bei Note n. gegebene Erklärung der *L.* 27 *cit.*

biger in die Veränderung nicht eingewilligt haben. Dennoch iſt auch dieſer Satz unbedenklich anzunehmen. Die Novation iſt ein wahres Surrogat der Zahlung, Tilgung der urſprünglichen Forderung durch Vertauſchung gegen eine neue, alſo mit der in solutum datio von ganz gleicher Natur. Dieſes iſt ſchon völlig wahr für die einfache Novation, die zwiſchen dem urſprünglichen Glaubiger und Schuldner allein vollzogen wird. Es iſt aber noch einleuchtender, wenn man dabei an die zuſammengeſetzteren Formen der Novation denkt; alſo an die Novation, worin der Glaubiger einen neuen Schuldner anſtatt des urſprünglichen annimmt; imgleichen an die, worin der Glaubiger an einen Dritten (ſeinen eigenen Glaubiger) den Schuldner delegirt, dadurch alſo von einer eigenen Schuld befreit wird. — Dieſer ganze Zuſammenhang der Gedanken wird von Venulejus in der angeführten Stelle (Note k) auf überzeugende Weiſe dargelegt.

Mitten in dieſer Stelle des Venulejus finden ſich folgende Worte: „Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, *cum id specialiter agit:* eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus.“ Dieſe Worte ſind neuerlich ſo ausgelegt worden: nicht jede Novation tilge die daneben ſtehenden Correalforderungen, ſondern nur diejenige Novation, deren ſpecielle Abſicht auf eine ſolche gemeinſame Tilgung gerichtet ſey. Durch dieſe Auslegung werden alſo jene Worte in Gedanken ſo ergänzt: cum id

specialiter agit, *ut eum ab altero liberet* (k[1]). Nach meiner Meinung tilgt jede wahre Novation unbedingt alle Correalforderungen; allein nicht jede neue Stipulation unter denſelben Perſonen iſt eine wahre Novation. Jene Worte müſſen demnach in Gedanken ſo ergänzt werden: cum id specialiter agit, *ut prior obligatio novetur.* Jene Worte aber halte ich nicht für den urſprünglichen Text des Venulejus, ſondern für eine Interpolation der Compilatoren, wodurch auch an dieſer Stelle die neue Vorſchrift von Juſtinian eingeſchärft werden ſollte, nach welcher nicht jede neue, einer Obligation hinzugefügte, Stipulation für eine wahre Novation der alten Obligation zu halten iſt (*L.* 8 *C. de novat.* 8. 42). Für dieſe Annahme ſprechen folgende Worte der Conſtitution, die in ſichtbarer Uebereinſtimmung ſtehen mit der angeführten Digeſtenſtelle: nisi ipsi *specialiter remiserint* . . . priorem obligationem. Ferner ſpricht dafür der ganz übereinſtimmende Ausdruck in *L.* 29. *eod.* „si id *specialiter actum est.*"

(k[1]) Huſchke in Linde's Zeitſchrift, neue Folge, B. 2 S. 153 bis 160. Ein von ihm angeführtes Beiſpiel ſcheint mir völlig gegen ihn zu ſprechen. Wenn bei einer correalen Geldforderung Einer der Glaubiger durch Novation eine Forderung in Getreide ſubſtituirt, ſo ſind gewiß ſämmtliche Forderungen getilgt. Denn jene Uebereinkunft enthält ein wahres in solutum dare, und Dieſes ſteht der unmittelbaren Erfüllung völlig gleich. — Für den letzten Theil der Stelle des Venulejus ſchlägt Huſchke einige Emendationen vor, die ſehr beachtenswerth ſind, und ungemein viel für ſich haben; die gegenwärtige Streitfrage berühren dieſe Emendationen nicht.

Es darf jedoch nicht überſehen werden, daß die Novation eine etwas zweideutige Natur hat. Sie iſt hier aufgefaßt worden als Surrogat der Erfüllung (durch Austauſch der urſprünglichen Obligation), und dieſes wird meiſtens ihre wahre Natur ſeyn. Sie kann aber auch auf blos formelle Weiſe gebraucht werden, etwa um die Obligation zuerſt in eine Stipulation umzuwandeln, und dann durch Acceptilation aufzuheben, vielleicht in der Abſicht einer Schenkung. Dann iſt nicht mehr das Surrogat der Erfüllung in ihr wirkſam, ſondern der bloße Wille. Daß nun die Römiſchen Juriſten die unbedingt aufhebende Kraft der Novation annehmen, ohne dieſen Unterſchied zu beachten, das iſt eine Folge der (uns unbekannten) ſtreng formellen Natur der Novation, eben ſo, wie bei der Acceptilation.

Blos des Gegenſatzes wegen iſt neben der Novation das Conſtitutum zu erwähnen.

Unter den alten Juriſten war es ſtreitig geweſen, in welchem Grade dieſes auf die Fortdauer der urſprünglichen Forderung einwirke. Man entſchied ſich jedoch dahin, daß es *nicht* als Tilgung der Forderung, folglich nicht als Surrogat der Zahlung, ſondern nur als Beſtärkung der alten Schuld durch eine neu hinzugefügte Klage, dienen ſollte. Daher ſollte auch die Anſtellung der constitutoria actio nicht als Conſumtion der urſprünglichen Klage gelten, und nur die (freiwillig oder erzwungen) erfolgte wirkliche Zahlung ſollte als Tilgung beider Schulden zu-

gleich angesehen werden (l). Eine nothwendige Folge dieser Auffassung war es, daß auch bei einer Correalschuld ein hinzutretendes Constitutum die Wirksamkeit der ursprünglichen Klagrechte gar nicht vermindern konnte. — Es ist daher als ein bloßes Versehen der Compilatoren anzusehen, wenn in einer Stelle des Paulus, von dem Standpunkt der älteren, im Allgemeinen verworfenen Meinung aus, behauptet wird, daß das von einem gemeinsamen Schuldner mit Einem unter mehreren Glaubigern vorgenommene Constitutum als Zahlung der Schuld gelte und die Forderung der übrigen Glaubiger aufhebe (m). Diese Stelle kann also nicht als Zeugniß für den wahren Sinn des Justinianischen Rechts angesehen werden.

4. Compensation.

Das bloße Daseyn einer Gegenforderung eines Schuldners tilgt nicht die Forderung des Glaubigers, kann also nicht der wirklichen Zahlung gleich gestellt werden (n). Wenn nun Einer unter mehreren Glaubigern den gemein-

(l) *L.* 18 § 3 *L.* 28 *de pec. const.* (13. 5), *L.* 15 *de in rem verso* (15. 3), von Gajus und Ulpian.

(m) *L.* 10 *de pec. const.* (13. 5) „Idem est, et si ex duobus reis stipulandi alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia *loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is, cui constituitur.*“ Daher soll denn die spätere Zahlung als indebitum condicirt werden können.

(n) Dieser Satz hängt zusammen mit der Streitfrage, ob und in welchem Sinn nach dem neuesten Recht die Compensation ipso jure oder per exceptionem wirkt; eine Frage, die der Lehre von der Aufhebung der Obligationen vorbehalten bleiben muß.

samen Schuldner verklagt, so kann der Schuldner nicht compensiren wollen mit der Gegenforderung gegen einen anderen Glaubiger. Eben so kann Einer der Schuldner, welcher von dem gemeinsamen Glaubiger verklagt wird, nicht compensiren mit der Gegenforderung, die sein Mitschuldner an diesen Glaubiger hat; dieser letzte Satz jedoch leidet eine Ausnahme in dem Fall, wenn beide Mitschuldner in einer Societät stehen, weil aus diesem Verhältniß ein gemeinschaftliches Interesse und Recht beider Schuldner entsteht (o).

Wenn aber die Gegenforderung nicht blos vorhanden ist, sondern als wirkliches Zahlungsmittel geltend gemacht und anerkannt wird, dann muß sie als vollständiges Surrogat der baaren Zahlung angesehen werden, und, so wie die Zahlung selbst, die Rechte der Mitglaubiger, so wie die Verpflichtungen der Mitschuldner, aufheben. Dieses kann geschehen sowohl durch freiwillige Abrechnung zwischen Glaubiger und Schuldner, als durch die im Prozeß vorgeschützte und vom Richter als gültig anerkannte Einrede der Compensation. Es kann dadurch ferner die Hauptforderung bald ganz, bald theilweise aufgehoben werden,

(o) *L.* 10 *de d. r.* (45. 2) „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.“ Auf den Fall correaler Glaubiger, die zugleich socii sind, ist diese Ausnahme nicht anwendbar. Vgl. überhaupt Wangerow S. 89.

je nachdem die Gegenforderung von gleicher oder geringerer Größe ist.

Es folgen nunmehr diejenigen Fälle der Aufhebung, welche auf dem bloßen Willen der Betheiligten beruhen.

5. Acceptilation.

Ueber die vernichtende Wirksamkeit derselben nach allen Seiten hin war unter den alten Juristen kein Zweifel.

Wenn also Einer unter mehreren Gläubigern mit dem gemeinsamen Schuldner eine Acceptilation einging, so war das Recht der übrigen Gläubiger vernichtet (p). Eben so, wenn der gemeinsame Gläubiger mit Einem unter mehreren Mitschuldnern die Acceptilation vornahm, waren die übrigen Schuldner zugleich befreit (q).

Zur Erklärung dieser unzweifelhaften Regel, die be-

(p) *L.* 13 § 12 *de accept.* (46. 4), *L.* 31 § 1 *de nov.* (46. 2). Eine wichtige Folge und zugleich eine Bestätigung des Satzes liegt darin, daß der adstipulator den Schuldner durch Acceptilation frei machen konnte. Es war aber Dieses eine unredliche Handlung, ein Delict, und daher war nun der adstipulator einer actio legis Aquiliae unterworfen. Gajus Lib. 3 § 215. 216.

(q) *L.* 26 *L.* 16 *pr. de acceptil.* (46. 4), *L.* 3 § 3 *de lib. leg.* (34. 3), *L.* 12 § 3 *de inoff.* (5. 2). — Eine merkwürdige Anwendung dieser Regel für den Fall, daß mit dieser Handlung eine verbotene Schenkung unter Ehegatten verbunden war, findet sich in *L.* 5 § 1 *de don. int. v. et ux.* (24. 1).

ſonders in Vergleichung mit dem ſehr verſchiedenen Recht des ſogleich folgenden formloſen Vertrags auffallen kann, iſt Zweierlei zu bemerken.

Zunächſt erklärt ſich dieſe Erſcheinung aus der ſtreng formellen Natur der Acceptilation. Darin liegt zugleich die Beſeitigung des Einwurfs, daß, bei einer activen Correalſchuld, durch eine ſolche unerwartete einſeitige Handlung den übrigen Glaubigern ein Unrecht zugefügt werden konnte (r). Denn Alle hatten gerade in dieſe Form des Geſchäfts eingewilligt, ſich alſo auch den möglichen Folgen derſelben unterworfen.

Außerdem aber muß die etwas zweideutige Natur der Acceptilation erwogen werden. Es würde unrichtig ſeyn, dieſe ſchlechthin als einen Erlaßvertrag, insbeſondere als eine Schenkung, aufzufaſſen. In den Worten: acceptos fero centum könnte allerdings dieſer Sinn enthalten ſeyn; ſie wären aber eben ſo empfänglich des ganz anderen Sinnes, welcher eine wirkliche Befriedigung in ſich ſchloß, ſey es unmittelbar durch Empfang der ſchuldigen Summe ſelbſt (in welchem Fall die Acceptilation gleichſam eine feierliche Quittung vorſtellte), oder aber durch irgend eine gleich geltende Leiſtung. Dieſe Auffaſſung der Sache findet ſich in einer Stelle des Ulpian angedeutet, worin die

(r) Die Acceptilation des gemeinſamen Glaubigers gegen Einen der mehreren Schuldner unterliegt dieſem ſcheinbaren Einwurf ohnehin nicht, da der hier handelnde Glaubiger nur ſich ſelbſt ein Recht entzieht, die übrigen Schuldner aber dabei nur gewinnen.

Acceptilation in die Reihe der Surrogate der Erfüllung gestellt wird (s).

6. Formloser Erlaßvertrag (pactum de non petendo).

Ein solcher Vertrag kann bekanntlich geschlossen werden auf zweierlei Weise: in rem und in personam (t). Das erste ist die Regel, und versteht sich überall von selbst, wo nicht die individuelle Beschränkung auf die Person des Berechtigten oder des Verpflichteten ausgesprochen ist, welches letzte daher nur als besondere Ausnahme gedacht werden kann. Das pactum in rem wirkt demnach für und wider alle Personen, auf welche überhaupt Rechte und Verpflichtungen nach allgemeinen Grundsätzen übergehen, also insbesondere für und wider die Erben der Personen, die den Erlaßvertrag geschlossen haben.

Nun liegt der Gedanke sehr nahe, diese Unterscheidung auch auf die Correalschulden anzuwenden, und zwar in der Art, daß der von Einem unter mehreren Glaubigern oder von Einem Schuldner geschlossene Erlaßvertrag auch

(s) *L.* 16 *pr. de acceptilat.* (46. 4) „... quoniam *velut solvisse videtur* is, qui acceptilatione solutus est.“ — Durch die hier aufgestellte Behauptung einer zweideutigen Natur der Acceptilation soll gesagt werden, daß in ihr eine den Römern geläufige Geschäftsform enthalten war, die in verschiedenem Sinn und zu verschiedenen Zwecken gebraucht werden konnte, überall aber gleichmäßig durchgreifend wirkte. Eine solche Geschäftsform ist für uns nicht vorhanden, und von dieser Verschiedenheit wird sogleich weitere Anwendung gemacht werden.

(t) Hauptstellen: *L.* 7 § 8, *L.* 40 *pr.*, *L.* 57 § 1 *de pactis* (2. 14).

auf die übrigen einwirkte, wenn er in rem (d. h. ohne hinzugefügte persönliche Beschränkung), aber nicht, wenn er in personam geschlossen wäre. Zwar der letzte Theil dieser denkbaren Regel ist unbedenklich als wahr anzunehmen, da die ausgesprochene persönliche Beschränkung jede Einwirkung des Vertrags auf irgend einen Dritten schlechthin ausschließt. Dagegen ist der erste Theil jener Regel zu verwerfen, und es ist vielmehr auch dem Erlaßvertrag in rem die Einwirkung auf die übrigen Glaubiger oder Schuldner, nach der reinen Natur des Correalverhältnisses, schlechthin zu versagen. Dieses soll nunmehr im Einzelnen näher nachgewiesen werden.

Der erste Fall der Anwendung bezieht sich auf zwei Glaubiger in solidum, deren Einer mit dem gemeinsamen Schuldner einen formlosen Erlaßvertrag schließt. Dieser Vertrag hindert den zweiten Glaubiger nicht, sein Recht auch ferner durch Klage geltend zu machen. Die hier folgende Stelle des Paulus, welche diesen Satz anerkennt, bedarf einer genauen Erwägung, da sich an ihre etwas zweifelhafte Fassung manche Irrthümer unserer Schriftsteller angeschlossen haben (u).

(u) *L.* 27 *pr. de pactis* (2. 14). Die Erklärung derselben beruht vorzugsweise auf der richtigen Abtheilung der einzelnen Sätze. Im Ganzen befriedigend handelt davon: Kraut de argentariis p. 44—51; ein irriges Stück seiner Erklärung wird sogleich bemerklich gemacht werden. Viele andere Schriftsteller werden angeführt von Bangerow S. 90—93. Vgl. auch S. 95—98. Es ist übrigens die einzige Stelle, worin dieser Fall entschieden wird. In *L.*

Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium (v) posse, quamvis ei recte solvatur; sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint; quod est verum. *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*

Paulus ſpricht zunächſt von einem, ſchon oben erwähnten Rechtsverhältniß, das mit der Correalſchuld nur eine äußerliche Aehnlichkeit hat, in der That aber davon verſchieden iſt (§ 17. l. m. n). Wenn zwei Geſellſchafter ein gemeinſchaftliches Bankgeſchäft betreiben, wenn in ihrem Buch ein Dritter als Schuldner (durch expensilatio) eingetragen iſt, und Einer aus ihnen mit dem Schuldner

21 § 5 *de pactis* (2. 14) wirft Paulus die Frage auf für die Glaubiger wie für die Schuldner, es fehlt aber die Entſcheidung in Beziehung auf die Glaubiger.

(v) Kraut l. c., p. 49, irrt darin, daß er dieſen Ausſpruch des Labeo nicht auf die zwei argentarii socii beziehen will, und zwar deswegen nicht, weil es ſonſt an dieſer Stelle nothwendig heißen müßte: alterum, nicht alium. Allein obgleich alter der regelmäßigere und präciſere Ausdruck iſt, wenn Einer aus Zweien bezeichnet werden ſoll, ſo ſteht doch auch alius für alter, ſowohl bei juriſtiſchen, als nichtjuriſtiſchen Schriftſtellern; vgl. Briſſonius und Gesner, bei welchem letzten viele Stellen angegeben ſind.

einen Erlaßvertrag schließt, so fragt es sich, ob durch diesen Vertrag der zweite Gesellschafter gebunden ist? Drei Juristen verneinen diese Frage (mit stillschweigender Zustimmung des Paulus), und zwar selbst für den Fall, daß der Vertrag in rem (d. h. ohne persönliche Beschränkung) geschlossen ist. Allerdings, sagen sie, wird durch Kaiserliche Constitutionen jedem einzelnen Gesellschafter für sich eine gewisse Verfügung über die gemeinsame Forderung gestattet. Allein diese Verfügung geht nur darauf, daß Jeder das Recht hat, die ganze Forderung einzuklagen; sie geht nicht auf die Abschließung eines Erlaßvertrags.

An diese Worte nun schließen sich unmittelbar die letzten Worte der ganzen Stelle, um deren Willen allein dieselbe hier angeführt worden ist: Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est. Paulus will also sagen: Eben so muß von zwei rei stipulandi behauptet werden, daß der Erlaßvertrag des Einen den Anderen nicht bindet, selbst wenn der Vertrag in rem geschlossen wird.

Der ganze, nun noch übrige Theil der Stelle (von: Idem Labeo bis: quod est verum) muß gedacht werden als eine Einschaltung zur Bestätigung des vorhergehenden Satzes, aber ohne Verbindung mit den Schlußworten, die sich lediglich auf jenen vorhergehenden Satz beziehen. Labeo sagt nun, Einer von diesen beiden Argentarien könne die Schuld zwar eincassiren, aber nicht noviren, wie denn überhaupt von dem Recht der Eincassirung einer Schuld auf das Recht der Novation nicht sicher geschlossen werden

könne, für welchen letzten Satz er als Beispiel die Kinder und Sklaven in unserer Gewalt anführt, welche gleichfalls das von ihnen ausgeliehene Geld wieder einnehmen könnten (auf unsere Rechnung), aber nicht befugt seyen, die Forderung durch Novation zu verändern.

Der hier vorausgesetzte Zusammenhang der Gedanken ist nun deswegen durchaus nöthig und nicht unwichtig, weil nur durch ihn die Behauptung des Paulus von den duo rei stipulandi beschränkt wird auf ihre Unfähigkeit zu einem Erlaßvertrag, der für den Mitglaubiger bindend seyn möchte, wobei sich denn auch kein Bedenken findet. Wenn man dagegen, dem ersten Anstoß der Worte folgend, die Schlußworte mit der unmittelbar vorhergehenden Rede des Labeo in Verbindung setzt, so würde Paulus sagen, Einer von zwei rei stipulandi sey nicht fähig, die gemeinsame Forderung durch eine Novation aufzuheben. Dieser Satz aber würde nicht nur mit inneren Gründen, sondern auch mit den unzweifelhaftesten Zeugnissen in unauflöslichem Widerspruch stehen (Note k).

Der zweite Fall der Anwendung bezieht sich auf zwei Schuldner in solidum, von welchen der Eine mit dem gemeinsamen Glaubiger einen Erlaßvertrag schließt. Hier fragt es sich, ob der Andere gegen die Klage des Glaubigers die pacti exceptio geltend machen darf. Nach dem reinen Correalverhältniß muß diese Frage eben so, wie oben die gleichartige Frage wegen der zwei Glaubiger in solidum, verneint werden, wenngleich der Erlaßvertrag in

rem lautet. Allein es kann hier ein anderes, dem Correalverhältniß an sich fremdes, Rechtsverhältniß hinzutreten, wodurch die pacti exceptio auch dem zweiten Schuldner (der den Vertrag nicht schloß) gestattet werden muß. Dieses ist anzunehmen, wenn der erste Schuldner (der den Vertrag schloß) ein eigenes Interesse dabei hat, daß der zweite die Exception gebrauche, d. h. wenn die gegen den zweiten durchgeführte Klage in ihren Folgen den ersten zugleich treffen würde (w). Denn wollte man in diesem Fall dem zweiten Schuldner die Exception versagen, so würde der Vortheil aus dem Erlaßvertrag auch dem ersten, der doch den Vertrag geschlossen hat, vereitelt werden.

Wichtige, und zugleich unzweifelhafte, Folgen dieser Regel zeigen sich in folgenden Anwendungen.

Wenn beide rei promittendi in einer Societät stehen, und der Eine einen Erlaßvertrag schließt, so kann auch der Andere gegen die Klage des gemeinsamen Glaubigers die Exception geltend machen, weil außerdem die Folgen der Verurtheilung den Ersten zugleich treffen, diesem also den Vortheil seines Vertrags entziehen würden (x).

Wenn der Hauptschuldner einen Erlaßvertrag schließt, und dann der Bürge verklagt wird, so kann Dieser die

(w) *L.* 21 § 5 *de pactis* (2. 14).

(x) *L.* 3 § 3 *de lib. leg.* (34. 3), *L.* 25 *pr. de pactis* (2. 14). In dieser letzten Stelle muß das Wort sociis nicht blos auf argentariis, sondern auch auf das vorhergehende duobus reis promittendi bezogen werden.

Exception in der Regel geltend machen, weil er außerdem gegen den Hauptschuldner eine Regreßklage hätte, die Diesem den Vortheil seines Vertrags vereiteln würde (y).

Vergleichen wir das hier dargestellte Recht der Acceptilation (Num. 5) mit dem des Erlaßvertrags (Num. 6), so finden wir dabei ganz entgegengesetzte Grundsätze angewendet. Es liegt aber darin keine Inconsequenz, sondern eine Mannichfaltigkeit von Geschäftsformen, anwendbar auf verschiedene Zwecke, je nach der freien Wahl der Betheiligten. Da nun für uns die Acceptilation nicht vorhanden ist, so bleibt blos das Recht des formlosen Erlaßvertrags übrig, nur mit dem natürlichen Vorbehalt, nach Umständen Dasjenige durch besondere Bestimmungen des Vertrags im einzelnen Fall zu bewirken, welches bei den Römern durch die gangbare Form der Acceptilation leichter und sicherer bewirkt werden konnte. Es würde also ganz unrichtig seyn, in dieser Beziehung für das heutige Recht die durchgreifendere Wirkung der Römischen Acceptilation unserem formlosen Erlaßvertrag beizulegen, hierin also das wahre Verhältniß unseres heutigen Rechts gerade umzukehren (z).

(y) *L.* 21 § 5 *de pactis* (2. 14). Wo also ausnahmsweise keine Regreßklage gilt, da hat auch der Bürge die Exception nicht. *L.* 5 *pr. de lib. leg.* (34. 3). Ist der Erlaßvertrag in personam geschlossen, so versteht es sich ohnehin von selbst, daß kein Dritter die Exception gebrauchen kann. *L.* 22 *de pactis* (2. 14).

(z) Schriftsteller für die eine und die andere Meinung werden angeführt bei Vangerow S. 98 bis 100, welcher selbst die hier aufgestellte Meinung vertheidigt.

7. Vergleich.

Wenn zwischen Einem der mehreren Glaubiger oder Schuldner und dem gemeinsamen Gegner ein Rechtsstreit über die Correalschuld entsteht, und dieser durch Vergleich geendigt wird, so fragt es sich, ob dadurch das Schuldverhältniß in Beziehung auf die Mitglaubiger oder Mitschuldner, die an dem Vergleich nicht Theil genommen haben, aufgehoben ist.

Jeder Vergleich beruht nothwendigerweise auf einem gegenseitigen Nachgeben (aa). Daher kann man ihn als ein zusammengesetztes Geschäft betrachten, bestehend aus partieller Erfüllung und partiellem Erlaß. Gesetzt also, die angebliche Correalschuld hatte zum Gegenstand eine Summe von Hundert, und der Vergleich ging dahin, daß der verklagte Schuldner Sechszig baar zahlte, um von der ganzen Klage frei zu werden, so ist bis auf Sechszig die Schuld durch wahre Zahlung getilgt für alle Glaubiger und alle Schuldner (Noten c. d. e. f). Für Vierzig dagegen ist durch den Vergleich ein Erlaßvertrag geschlossen, über dessen Wirksamkeit für Diejenigen, welche daran nicht Theil genommen haben, so eben vollständige Regeln aufgestellt worden sind.

(aa) *L.* 38 *C. de transact.* (2. 4).

§. 19.

III. Personen in der Obligation. B. Correalschuld. Wirkungen (Fortsetzung).

Es folgen jetzt diejenigen Fälle der Aufhebung, welche sich auf die Klage und den Prozeß beziehen.

8. Litiscontestation.

Ein sehr wichtiges Institut des alten Rechts war enthalten in der Prozeßconsumtion. Sie beruhte auf dem Grundsatz, daß jede, einmal vorgebrachte und bis zur Litiscontestation geführte, Klage (in litem deducta actio) nie von Neuem vorgebracht werden könne. In manchen Fällen war sie ipso jure durch die Litiscontestation zerstört, in anderen Fällen wurde das neue Vorbringen unmöglich gemacht durch eine exceptio rei in judicium deductae, oder (wenn es zu irgend einem Urtheil in diesem Prozeß gekommen war) exceptio rei judicatae (a).

Dieser Grundsatz hatte den wichtigsten Einfluß auf das Correalverhältniß, dessen Wesen gerade darin lag, daß nicht verschiedene Obligationen neben einander standen, sondern daß es eine und dieselbe Obligation war, die sich

(a) Gajus Lib. 3 § 180. 181. Lib. 4 § 106—108. Der größte Theil des trefflichen Werks von Keller über die Litiscontestation bezieht sich auf die Darlegung dieses Rechtsinstituts. — Vgl. auch Savigny System B. 5 § 235 S. 254. und B. 6 § 281. 282.

ganz und ungetheilt auf jeden einzelnen Glaubiger oder jeden einzelnen Schuldner bezog (§ 16). Die nothwendige Folge dieses Verhältnisses ging dahin, daß die von Einem der mehreren Glaubiger angestellte Klage auch für die übrigen Glaubiger eine fernere Klage unmöglich machte, und zwar ohne Rücksicht auf den Erfolg jener ersten Klage, diese mochte zur Verurtheilung und Zahlung geführt haben oder nicht. Eben so, wenn der gemeinsame Glaubiger Einen der Schuldner verklagte, konnte keiner der anderen Schuldner forthin von ihm verklagt werden, wiederum ohne Rücksicht auf den Erfolg der angestellten ersten Klage (b).

War nun diese Folge schon für das gewöhnliche Correalverhältniß bedenklich, so war sie vollends gefährlich für das accessorische Correalverhältniß des Bürgen (§ 17), dessen Zweck dadurch völlig vereitelt werden konnte. Denn hatte einmal der Glaubiger den Hauptschuldner verklagt, so war dadurch zugleich die Klage gegen den Bürgen (der ein zweiter reus promittendi für dieselbe Schuld war) für immer consumirt, und konnte nie wieder vorgebracht werden, auch wenn sich der Hauptschuldner in Folge der erhobenen Klage insolvent zeigte, für welchen Fall doch eigentlich die Bürgschaft Schutz gewähren sollte. Gegen diese, in der That widersinnige, Folge suchte man sich durch künstliche Mittel zu schützen, insbesondere durch eine eigenthümliche

(b) Keller Litiscontestation § 49. 52. Ribbentrop § 28.

Faſſung des Bürgſchafts-Vertrags, wodurch ihm die Geſtalt einer Correalſchuld entzogen wurde (c).

Juſtinian erließ ein beſonderes Geſetz, wodurch dieſe künſtliche Vorſorge entbehrlich gemacht werden ſollte, indem er verordnete, daß die Klage gegen einen Schuldner niemals hindern dürfe, ſpäterhin gegen den Bürgen, oder auch gegen jeden anderen reus promittendi, dieſelbe Klage anzuſtellen, indem nur die wirkliche Befriedigung das Recht des Glaubigers aufheben ſollte (d).

Weit wichtiger aber war die Veränderung, die im Juſtinianiſchen Recht eintrat, daß nämlich das ganze Inſtitut der Prozeßconſumtion überhaupt (unabhängig von dem Correalverhältniß) völlig aufgegeben wurde (e), und zwar nicht etwa durch ein beſonderes Geſetz, ſondern durch bloßes Weglaſſen jenes höchſt poſitiven Grundſatzes der Prozeßconſumtion, der ſich ja ſo wenig von ſelbſt verſtand, daß wir ihn ohne die angeführten Stellen des Gajus (Note a) gar nicht kennen würden. Wäre dieſe wichtige Veränderung ſchon früher beſchloſſen und deutlich gedacht geweſen, vielleicht auch durch ein beſonderes Geſetz ausgeſprochen worden, ſo würde es der beſonderen Vorſchrift über die Bürgſchaften (Note d) gar nicht bedurft haben. Einen Zweifel an dieſer wichtigen, durchgreifenden Ver-

(c) *L.* 116 *de V. O.* (45. 1). Eine Hinweiſung auf dieſe künſtlichen Mittel enthält *L.* 28 *C. de fidej.* (8. 41).

(d) *L.* 28 *C. de fidej.* (8. 41) vom J. 531.

(e) Savigny Syſtem B. 6 S. 25 und § 282.

änderung, als dem wahren Sinn des Justinianischen Rechts, dürfen wir nicht hegen. Indessen konnte es kaum fehlen, daß in die Digesten manche unvorsichtige Spuren des älteren Rechts übergegangen sind, deren eigentlichen Sinn wir nun erst durch die Nachrichten des Gajus über den Inhalt des älteren Rechts verstehen (f). Eben so konnten umgekehrt Interpolationen im Sinn des veränderten Rechts erwartet werden, und auch an diesen fehlt es nicht ganz (g).

Bei diesem Grundsatz des älteren Rechts muß noch

(f) Folgende Stellen enthalten unverkennbare Spuren des (nunmehr aufgegebenen) älteren Rechts, aus welchem allein sie ganz verständlich sind, so daß ihre Aufnahme in die Digesten nur als ein Versehen zu betrachten ist. *L.* 2 *L.* 16 *de d. r.* (45. 2), *L.* 116 *de V. O.* (Note c.), *L.* 5 in *f. de fidej.* (46. 1), *L.* 31 § 1 *de nov.* (46. 2), endlich auch *L.* 28 *C. de fidej.* (Note d). — Ohne Grund behauptet Puchta Pand. § 235. g, nur für das passive Correalverhältniß habe die Tilgung durch Litiscontestation aufgehört, für das active bestehe sie noch im neuesten Recht, also auch noch für uns. Allein zwei Stellen, die er dafür anführt, gehören zu den so eben verzeichneten unvorsichtigen Spuren des älteren Rechts, die dritte Stelle (*L.* 57 § 1 *de sol.* 46. 3) spricht gar nicht von einem correus, sondern von einem bloßen adjectus, gehört also überhaupt nicht hierher.

(g) *L.* 8 § 1 *de leg.* 1 (30. un.) „Si ita scriptum sit: Lucius Titius heres meus aut Mevius heres meus, decem Sejo dato, cum utro velit, Sejus aget, ut, si cum uno actum sit, *et solutum*, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent.“ Die Worte: et solutum sind im Sinn des Justinianischen Rechts ganz richtig interpolirt, Pomponius kann sie nicht geschrieben haben, da zu seiner Zeit die bloße Anstellung der Klage gegen den einen Erben, den anderen Erben völlig befreite (Note b), so daß die hinzutretende Zahlung für diesen Zweck ganz gleichgültig war. — Eben so auch in *L.* 2 *C. de fid. tut.* (5. 57) die Worte: *et solvente.* — Vgl. Keller S. 438, Ribbentrop S. 42, System B. 5 S. 255.

bemerkt werden, daß darin eine unverkennbare Anwendung der allgemeinen Begünstigung des Beklagten (des angeblichen Schuldners) vor dem Kläger wahrzunehmen ist (§ 2. g).

9. Ableistung eines zugeschobenen Eides (h).

Von dieser Thatsache ist eine zwiefache Anwendung auf das Correalverhältniß denkbar: erstlich, wenn ein Schuldner das Nichtdaseyn der Schuld beschwört (dari non oportere); zweitens, wenn ein Glaubiger das Daseyn der Schuld beschwört (sibi dari oportere). Beide Fälle sollen hier einzeln erwogen werden.

Der erste Hauptfall kann wiederum in zwei Gestalten vorkommen.

Einer von mehreren Glaubigern kann dem gemeinsamen Schuldner den Eid zuschieben über das Daseyn der Schuld. Wenn der Schuldner diesen Eid leistet, so erwirbt er dadurch eine völlig befreiende exceptio jurisjurandi, und zwar nicht blos gegen den zuschiebenden Glaubiger, sondern auch gegen die übrigen, die an der Zuschiebung nicht Theil genommen haben (i).

Es kann aber auch der einzige Glaubiger Einem von mehreren, in solidum verhafteten, Schuldnern den Eid zuschieben. Wenn Dieser ihn leistet, so ist dadurch die exceptio jurisjurandi nicht nur ihm selbst erworben, sondern

(h) Vgl. System B. 7 § 309 bis 314.

(i) *L.* 28 *de jurej.* (12. 2) „In duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit."

auch allen ſeinen Mitſchuldnern, obgleich Dieſe nicht geſchworen haben (k).

Dieſer letzte Satz kommt in beſonders häufiger und wichtiger Anwendung vor im Verhältniß eines Hauptſchuldners zu ſeinem Bürgen. Der Eid des Hauptſchuldners giebt auch dem Bürgen Anſpruch auch die Exception (l); eben ſo der Eid des Bürgen auch dem Hauptſchuldner (m). Ständen dieſe zwei letzten Sätze allein, ſo könnte man verſucht ſeyn, ſie aus der acceſſoriſchen Natur der Bürgſchaft abzuleiten (§ 17). Da ſie aber neben dem ganz gleichnamigen Satz von zwei ſolidariſchen Hauptſchuldnern (Note k) aufgeſtellt werden, ſo iſt es einleuchtend, daß ſie aus dem, auch in der Bürgſchaft enthaltenen, Correalverhältniß an ſich hervorgehen, nicht aus der acceſſoriſchen Natur der Bürgſchaft.

Der ganze Grundſatz nun, der hier in ſeinen verſchiedenen Anwendungen nachgewieſen worden iſt, wird zurückgeführt auf eine Gleichſtellung des Eides mit der Erfüllung der Schuld (n), wodurch alſo der Eid unter die Surrogate der Erfüllung aufgenommen wird. Dieſe

(k) *L.* 28 § 3 *de jurej.* (12. 2) „Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit, alteri quoque prodesse debebit."

(l) *L.* 28 § 1 *L.* 42 *pr.* § 3 *de jurej.* (12. 2), *L.* 7 § 1 *de except.* (44. 1), *L.* 1 § 3 *quar. rer. act.* (44. 5).

(m) *L.* 28 § 1 *L.* 42 § 1. 2 *de jurej.* (12. 2).

(n) *L.* 27 *de jurej.* (12. 2) „Jusjurandum etiam loco solutionis cedit." *L.* 28 § 1 *eod.* „... nam quia in locum solutionis succedit..."

Gleichstellung ist auch nicht blos als eine Bekräftigung der Wahrheit unseres Grundsatzes anzusehen, sondern zugleich als eine Hinweisung auf die innere Natur desselben, und damit zugleich auf eine wichtige Beschränkung. Es soll nämlich der besondere Inhalt des Eides berücksichtigt werden, so daß ihm jene gemeinsame Wirkung nur zuzuschreiben ist, wenn er das Daseyn der Schuld an sich (objectiv) zum Gegenstand hat, nicht blos die Beziehung der Schuld auf eine einzelne Person und deren besondere Verhältnisse (o). Jedoch darf diese Beschränkung nicht so aufgefaßt werden, als ob der Eid gerade auf die Thatsache einer geleisteten Zahlung hätte besonders gerichtet seyn müssen, vielmehr reichte der allgemeine Eid „dari non oportere" durch seine objective Fassung völlig aus, indem darin auch die Zahlung als möglicher Grund der Nichtschuld mit enthalten war; ja sogar sollte im Zweifel angenommen werden, der Eid sey in dieser allgemeinsten, durchgreifendsten Gestalt geleistet worden (p).

(o) *L.* 28 § 1 *de jurej.* (12. 2) „... si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu, et de re, non de persona jurantis ageretur." — *L.* 1 § 3 *quar. rer. act.* (44. 5) „Si fidejussor juravit, si quidem de sua persona tantum juravit, quasi se non esse obligatum, nihil reo proderit; si vero in rem juravit, dabitur exceptio reo quoque."

(p) *L.* 42 *pr. de jurej.* (12. 2). — Es kommt also überhaupt auf die Identität an zwischen dem Inhalt des früher geleisteten Eides und der gerade jetzt vorliegenden Rechtsfrage. Ist diese Identität vorhanden, so wirkt der Eid auch für und wider andere Personen, sonst nicht. Vgl. *L.* 28 § 8 *L.* 36 *de jurej.* (12. 2).

Der zweite denkbare Hauptfall des Eides beſteht darin, daß ein Glaubiger das Daſeyn der Schuld beſchwört (sibi dari oportere) (q). Auch Dieſer kann wieder in zwei Geſtalten neben dem Correalverhältniß vorkommen. Erſtlich, wenn Einer von mehreren Glaubigern jenen Eid leiſtet, und nun davon ein Mitglaubiger Gebrauch machen will gegen den gemeinſamen Schuldner. Zweitens, wenn der einzige Glaubiger jenen Eid ſchwört, und nun davon Gebrauch machen will gegen einen andern Schuldner, als den, welcher ihm den Eid zugeſchoben hat.

In beiden Geſtalten wird dieſer Fall in unſeren Rechtsquellen nicht erwähnt, und wir müſſen daher annehmen, daß eine ſolche Einwirkung des Eides auf Perſonen, zwiſchen welchen die Zuſchiebung und Leiſtung des Eides urſprünglich nicht Statt fand, völlig zu verneinen iſt. Für dieſe Verneinung ſpricht auch der Umſtand, daß die ausgedehntere Wirkſamkeit des negativen Eides (dari non oportere) zurückgeführt wird auf die Gleichſtellung des Eides mit der Erfüllung (Note n), wofür ſich bei dem poſitiven Eid (dari oportere) keine Analogie darbietet.

Wollte man Anſtoß daran nehmen, daß hier zwiſchen beiden Parteien (Glaubiger und Schuldner) nicht völlig gleiches Recht durchgeführt werde, ſo iſt darauf zu erwie-

(q) Von der Wirkſamkeit eines ſolchen poſitiven Eides im Allgemeinen, welcher ſtets eine Klage erzeugt, handeln *L.* 9 § 1. 6 *de jurej.* (12. 2).

dern, daß schon im Allgemeinen eine gewisse Begünstigung des Schuldners gegen den Glaubiger eintritt (§ 2. g), deren Einfluß auf das Correalverhältniß so eben in dem wichtigen Fall der Prozeßconsumtion bemerkt worden ist. Es kommt aber auch noch die rein praktische Erwägung hinzu, daß für die eben verneinte ausgedehntere Anwendung des positiven Eides ein weit geringeres Bedürfniß vorhanden ist, als für die des negativen Eides. Wenn der Glaubiger den positiven Eid schwört, so steht es in seiner Macht, die Klage unverzüglich geltend zu machen, ehe noch eine Aenderung der Vermögensverhältnisse, oder eine Verdunkelung der zum Beweis dienenden Thatsachen eintreten kann, die ihm Gefahr bringen können. Dagegen steht es, im Fall des negativen Eides, nicht in der Macht eines Schuldners, den entscheidenden Rechtsstreit herbei zu führen, so daß er den eben erwähnten Gefahren ohne seine Schuld ausgesetzt bleibt. Dafür bietet ihm der ausgedehntere Mitgebrauch der exceptio jurisjurandi einen billigen Ersatz.

10. Rechtskräftiges Urtheil eines Richters.

Das Verhältniß des Urtheils zu einer Correalschuld hat die größte Aehnlichkeit mit dem eben dargestellten Verhältniß des Eides, und es kommen dabei genau dieselben Fälle und Rechtsfragen in Betracht, wobei allerdings noch dahin gestellt bleibt, ob auch die Entscheidung der Fragen dieselbe seyn werde.

Dieſer ganze Fall übrigens muß an ſich für viel wichtiger und häufiger erachtet werden, als der des Eides, und es kann daher auffallen, daß er von den alten Juriſten dennoch ſeltener erwähnt, und weniger vollſtändig beurtheilt wird, als der Eid. Dieſe Erſcheinung erklärt ſich ganz einfach aus dem Umſtand, daß zur Zeit der alten Juriſten in den meiſten Fällen ſchon durch die Litiscontestation, und die aus ihr folgende Prozeßconſumtion, wovon im Anfang dieſes Paragraphen gehandelt wurde, die Obligation für die übrigen Glaubiger oder Schuldner beſeitigt war, ſo daß es dann auf den Inhalt des Urtheils für unſeren Zweck nicht mehr ankommen konnte.

Ich werde nunmehr die einzelnen Rechtsfragen nach derſelben Ordnung abhandeln, welche bei dem Eide befolgt worden iſt.

Zuerſt kommt in Betracht das freiſprechende Erkenntniß, dann das verurtheilende.

Das freiſprechende Urtheil kann zunächſt erlaſſen ſeyn zwiſchen einem unter mehreren Glaubigern und dem gemeinſamen Schuldner. Dieſer Fall wird in unſeren Rechtsquellen nicht erwähnt. Ich habe aber kein Bedenken, dem Schuldner die exceptio rei judicatae auch gegen die ſpätere Klage jedes Mitglaubigers zu geſtatten, und zwar nach der Analogie des Eides (Note i), indem für die übrigen Fälle dieſelben Grundſätze bei dem Urtheil, wie bei dem Eide, anerkannt werden.

Das freiſprechende Urtheil kann ferner erlaſſen ſeyn

zwiſchen dem gemeinſamen Gläubiger, und Einem von mehreren in solidum verpflichteten Schuldnern. Hier kann die exceptio rei judicatae auch von jedem anderen dieſer Schuldner benutzt werden. Dieſes wird nun allerdings in Einer Stelle nur geſagt von der Freiſprechung des Hauptſchuldners, welche nachher der Bürge ſoll benutzen können (r), und wäre blos dieſer Ausſpruch vorhanden, ſo könnte man ihn etwa aus dem acceſſoriſchen Verhältniß zu erklären verſuchen, indem außerdem der verurtheilte Bürge die Regreßklage gegen den Schuldner haben würde, wodurch dieſem ſeine durch das Urtheil gewährte Freiſprechung hinterher vereitelt werden müßte. Allein in einer anderen Stelle wird ausdrücklich geſagt, daß dieſes Recht aus der Freiſprechung wechſelſeitig ſey (s), woraus mit Sicherheit gefolgert werden darf, daß nicht das acceſſoriſche Verhältniß des Bürgen, ſondern vielmehr das in der Bürgſchaft enthaltene Correalverhältniß an ſich, den Grund jener Regel enthält.

Die für das Urtheil geltenden Regeln ſind daher hierin völlig übereinſtimmend mit den für den Eid oben aufgeſtellten (t).

Es bleibt nun noch das verurtheilende Erkenntniß zu

(r) *L.* 7 § 1 *de exc.* (44. 1).

(s) *L.* 42 § 3 *de jurej.* (12. 6) „Item, si reus juravit, fidejussor tutus sit, *quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret.*“

(t) S. o. Noten k. l. m. — Mit dieſer Meinung ſtimmt überein Ribbentrop S. 261. 262. 268. — Hieraus iſt zu ergänzen: Savigny Syſtem B. 6 § 301.

erwägen übrig. Wenn nämlich Einer von mehreren Glaubigern die Verurtheilung des gemeinſamen Schuldners bewirkt, aber aus irgend einem Grunde nicht zur Befriedigung gelangt, ſo könnte Einer der Mitglaubiger die Urtheilsklage für ſich benutzen wollen. Eben ſo könnte Dieſes der gemeinſame Glaubiger verſuchen, wenn ihm Einer der Schuldner (ohne Erfolg) verurtheilt worden iſt, um nun gegen einen Mitſchuldner die actio rei judicatae anzuſtellen. — Ueber dieſe Frage, in beiden Geſtalten, finden wir in unſeren Rechtsquellen keine Entſcheidung, eben ſo, wie Dieſes oben bei der ganz ähnlichen Frage im Fall des abgeleiſteten poſitiven Eides (dari oportere), bemerkt worden iſt (u). Ich nehme keinen Anſtand, die oben bei dem Eide aufgeſtellten Gründe auch hier anzuwenden, und daher die actio rei judicatae in dem Correalverhältniß für und wider alle Diejenigen durchaus zu verneinen, zwiſchen welchen der erſte Rechtsſtreit nicht geführt worden iſt.

(u) Mit einigem Schein könnte darauf bezogen werden *L.* 5 *pr. de appell.* (49. 1) „Igitur et venditoris fidejussor emtore victo appellabit, licet emtor et venditor acquiescant.“ Allein der Bürge iſt ja gewiß nicht correus des (verurtheilten) Käufers, ſondern nur des Verkäufers. Auch zeigt der vorhergehende Fall des Miterben, daß die Appellation von einem Dritten eingelegt werden kann, blos um dem factiſchen Einfluß des nachtheiligen Urtheils vorzubeugen, ſo daß alſo aus der Befugniß zu dieſer Einlegung nicht gefolgert werden kann, der dritte Appellant ſey durch das erlaſſene Urtheil rechtlich verpflichtet geweſen.

11. Urtheil eines Schiedsrichters.

Die regelmäßige Wirksamkeit eines solchen Urtheils beruht auf der verfallenen Conventionalstrafe für den Fall, daß eine der Parteien dem Urtheil ungehorsam wird. Wird daher der Beklagte durch den Schiedsrichter freigesprochen, der Glaubiger aber zieht ihn nachher mit einer Klage vor Gericht, so ist er wegen dieses Ungehorsams verpflichtet, die bedungene Strafe zu zahlen.

Gesetzt nun, in einem Correalverhältniß schließt Einer der Glaubiger mit dem gemeinsamen Schuldner ein Compromiß und wird vom Schiedsrichter abgewiesen, ein Mitglaubiger aber zieht nun den Schuldner vor Gericht, so fragt es sich, ob der abgewiesene erste Glaubiger auf die Strafe belangt werden kann. Diese Frage muß in der Regel verneint werden, weil die gerichtliche Klage nicht durch ihn angestellt worden ist.

Eben so, wenn der gemeinsame Glaubiger Einen der Schuldner vor dem Schiedsrichter belangt, von diesem abgewiesen wird, und nun eine gerichtliche Klage gegen den Mitschuldner anstellt. Denn die schiedsrichterliche Freisprechung bezog sich auf den Mitschuldner nicht, es ist also auch nicht ihr zuwider gehandelt worden durch die gerichtliche Klage.

Anders würde es sich verhalten, wenn der gegen den Hauptschuldner abgewiesene Glaubiger nunmehr gegen den Bürgen vor Gericht klagen wollte. Denn diese Klage ist

durch einen Umweg gegen den Schuldner selbst gerichtet, da der Bürge eine Regreßklage gegen den Schuldner hat.

Mit diesem letzten Fall können auch die beiden ersten gleichartig werden, wenn die verschiedenen Glaubiger oder die verschiedenen Schuldner in einer Societät stehen. Denn durch die Societät werden die Vortheile und Nachtheile aus dem, nach der schiedsrichterlichen Freisprechung erhobenen, gerichtlichen Prozeß für alle Gesellschafter gemeinschaftlich, woraus derselbe Erfolg hervorgeht, als wenn dieser Prozeß unter den am Schiedsgericht betheiligt gewesenen Personen geführt würde. Daher wird nun durch Anstellung der gerichtlichen Klage die Strafklage aus dem Compromiß begründet, obgleich vor Gericht nicht derselbe Kläger, oder nicht derselbe Beklagte, auftritt, welcher vor dem Schiedsrichter den Rechtsstreit geführt hatte (v).

12. Klagverjährung.

Wenn mehrere Glaubiger, als correi, dieselbe Klage haben, und wenn eine dieser Klagen verjährt wird, während für die andere die Verjährung noch läuft, so kann die Frage entstehen, ob der Ablauf jener Verjährung zugleich dieser anderen Klage zum Nachtheil gereiche. Eben so bei mehreren Correalschuldnern.

(v) *L.* 34 *pr. de receptis* (4. 8). Die im Text gegebene Darstellung sollte den Inhalt dieser Stelle in etwas veränderter Gedankenfolge auslegen. Vgl. über diese Stelle Kraut de argentariis p. 51—53. — Der auf die Argentarien bezügliche Theil der Stelle ist schon oben benutzt worden § 17, i.

In der Regel nun wird dieſe Frage dadurch erledigt ſeyn, daß alle ſolche Klagen einen ganz gleichzeitigen Ablauf der Verjährung haben werden.

Indeſſen könnte hierin ein anderer Verlauf dadurch herbeigeführt werden, daß Einer der Mitglaubiger eine Unterbrechung der Verjährung herbeiführte durch Anerkenntniß, Zinſenzahlung u. ſ. w., während der andere Dieſes unterließe. Allein gerade für dieſen Fall hat Juſtinian durch ein beſonderes Geſetz geſorgt. Nach dieſem Geſetz ſoll die Unterbrechung, die in Beziehung auf Einen Glaubiger oder Einen Schuldner bewirkt wird, zugleich als Unterbrechung für alle übrigen Klagen aus dieſem Correalverhältniß gelten, und alſo nach allen Seiten den Verlauf der Verjährung hemmen (w).

Dennoch bleibt ein Fall übrig, welcher auch durch dieſes Geſetz nicht berührt wird. Wenn Einer von mehreren Correalglaubigern ſtirbt, und einen unmündigen Erben hinterläßt, ſo iſt deſſen Klagrecht einſtweilen aller Verjährung entzogen, während für die Klagen ſeiner Mitglaubiger die Verjährung ſtets fortgeht, und alſo auch ablaufen kann (x). Tritt nun dieſer Ablauf während der Unmündigkeit ein, ſo könnte man zweifeln, ob der erwähnte Vortheil des Unmündigen den Mitglaubigern zu gut komme, oder ob etwa umgekehrt von dem eingetretenen Verluſt der

(w) *L.* 5 *C. de d. r.* (8. 40). (x) Vgl. Syſtem B. 5 § 252. — Vgl. Syſtem B. 5 § 242. i.

übrigen auch der Unmündige mit betroffen werde. Beide Fragen aber müssen unbedenklich verneint werden. Jenes günstige Verhältniß des Unmündigen hat eine rein persönliche Natur, und tritt mit dem Daseyn der Obligation an sich in gar keine Verbindung. Das Correalverhältniß kann also in diesem Fall eben so wenig die Begünstigung des Unmündigen verhindern, als den Ablauf der Verjährung gegen die Mitglaubiger.

13. Restitution.

Wenn ein Minderjähriger als Bürge eintritt, und gegen diese Verpflichtung restituirt wird, so kann von dieser Restitution der Hauptschuldner keinen Vortheil ziehen, weil die Restitution nicht auf die Obligation an sich, sondern nur auf das rein persönliche Verhältniß des Minderjährigen zu der Obligation einwirkt (y). Aus demselben Grunde muß unzweifelhaft dieser Satz auch angewendet werden, wenn der Minderjährige nicht gegen eine Bürgschaft, sondern gegen eine reine (nicht accessorische) Correalschuld Restitution erlangt.

Es bleiben nun noch zu betrachten übrig diejenigen Fälle der Aufhebung einer Obligation, welche oben (§ 18) als zufällige Ereignisse bezeichnet worden sind.

14. Confusion.

Wenn Einer von mehreren Correalschuldnern stirbt,

(y) *L.* 48 *pr. de minor.* (4. 4).

und von dem gemeinſamen Glaubiger beerbt wird, ſo liegt der Gedanke nahe, daß die Schuld ſelbſt durch Confuſion, ſo wie durch Zahlung, getilgt ſey, wodurch dann auch die Mitſchuldner befreit ſeyn würden. Indeſſen betrifft dieſe Tilgungsart nicht ſowohl das Daſeyn der Obligation an ſich, als vielmehr die perſönliche Beziehung derſelben. Daher wird angenommen, daß durch jenes Ereigniß nur die Perſon des verſtorbenen Schuldners austrete, der Glaubiger aber ſeine Forderung gegen die Mitſchuldner fortwährend geltend machen könne. Waren freilich beide Correalſchuldner socii, ſo dauert die Forderung nur theilweiſe fort (z).

(z) *L.* 71 *pr. de fidej.* (46. 1) „Sed quum duo rei promittendi sint, et alteri heres extitit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, *an persona tantum exemta, confusa obligatione. Et puto, aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam* . . . cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere.“ Vgl. Ribbentrop S. 24—26. Die Stelle ſelbſt ſpricht unmittelbar nur von dieſem einzelnen Fall; es hat aber kein Bedenken, dieſelbe Regel auch anzuwenden, wenn der Glaubiger ſtirbt, und Einer der Schuldner ſein Erbe wird; ferner auch auf den Fall, wenn Einer von mehreren Glaubigern den gemeinſamen Schuldner beerbt, oder von dieſem beerbt wird. — Etwas verſchiedene, aber verwandte, Fälle ſind noch dieſe. Ein Glaubiger beerbt den Mitglaubiger, oder Ein Schuldner den Mitſchuldner. In beiden Fällen dauern zwei getrennte Forderungen oder Schulden in derſelben Perſon fort. *L.* 13 *de d. r.* (45. 2), *L.* 5 *de fid.* (46. 1), *L.* 93 *pr.* § 1. 2 *de sol.* (46. 3). Dagegen wird durch die Beerbung zwiſchen dem Hauptſchuldner und dem Bürgen das Bürgenverhältniß aufgehoben. *L.* 5 *cit.*, *L.* 93 § 2 *cit.*

15. Capitis deminutio.

Der Schuldner, welchen eine minima capitis deminutio traf, wurde in der Regel nach altem Recht frei von ſeiner Schuld (aa). Geſetzt nun, dieſe Befreiung traf Einen aus mehreren Correalſchuldnern, ſo konnte man zweifeln, ob dieſelbe eine gleiche Natur, wie die Zahlung habe, alſo zugleich die Mitſchuldner zu befreien geeignet ſey.

So war es nun in der That nicht, ſondern dieſe Befreiung hatte, gleich der ſo eben abgehandelten Confuſion, eine blos perſönliche Natur und Wirkſamkeit. Der einzelne Schuldner alſo, den jene Veränderung getroffen hatte, trat aus der Reihe der Correalſchuldner aus, ſeine Mitſchuldner aber blieben nach wie vor verpflichtet (bb).

§. 20.

III. Perſonen in der Obligation. B. Correalſchuld. Unächte Fälle.

Es iſt ſchon oben bemerkt worden (§ 16. c), daß es neben den hier dargeſtellten ächten Fällen des Correalverhältniſſes auch manche unächte gebe, die mit jenen nur

(aa) Vgl. Syſtem B. 2 § 70, B. 7 § 333.

(bb) *L.* 19 *de d. r.* (45. 2) „Quum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemtus est obligatione, alter non liberatur.“ (Der folgende Theil iſt oben abgedruckt § 18. g).

einzelne Folgen gemein haben (a), in ihrem Wesen aber verschieden von ihnen sind. Diese Fälle bedürfen nunmehr einer genauen, sorgfältigen Darstellung; theils, weil sie an sich zahlreich und wichtig sind, theils, weil bei unseren Schriftstellern die vernachlässigte Unterscheidung beider Classen von Fällen nicht wenig Verwirrung der Begriffe und der Rechtsregeln zur Folge gehabt hat.

Ein wichtiger Unterschied beider Classen von Fällen kann schon hier voraus bemerkt werden. Das ächte Correalverhältniß, in sofern es aus dem Willen der Betheiligten hervorgeht, findet sich ganz eben so auf der Seite mehrerer Glaubiger (activ), wie auf der Seite mehrerer Schuldner (passiv) (§ 16). Dagegen können die nun darzustellenden unächten Fälle durchaus nur auf der Seite mehrerer Schuldner vorkommen (passiv).

Die Fälle des unächten Correalverhältnisses sind nun folgende:

A. Die Obligation aus einem Delict, in soweit sie auf Entschädigung geht.

An einem anderen Orte habe ich ausgeführt, daß aus Delicten zweierlei, wesentlich verschiedene, Obligationen und Klagen entspringen: auf Strafe (zweiseitige Strafklagen), und auf Entschädigung (einseitige Strafklagen).

(a) Die wichtigsten Folgen, die sich gemeinsam bei beiden Classen finden, sind diese: Mehrere Schuldner können, nach freier Wahl des Glaubigers, auf das Ganze verklagt werden; die Erfüllung von Seiten Eines Schuldners befreit zugleich alle übrigen Schuldner.

Oft werden beide Zwecke durch getrennte Klagen verfolgt, oft durch eine und dieselbe Klage, die dann eine gemischte, zusammengesetzte Natur hat (b).

Wenn nun ein Delict von Mehreren gemeinschaftlich begangen wird, so kann die Frage aufgeworfen werden, ob daraus ein Correalverhältniß dieser Schuldner, oder etwas Aehnliches entstehe.

Bei dieser Frage sind vor Allem die zweiseitigen Strafklagen völlig abzusondern. Jeder Theilhaber an einem Delict trägt die volle Strafe, gerade so, als ob er allein gehandelt hätte, so daß also die Strafe so vielmal entrichtet wird zum Vortheil des Verletzten, als einzelne Theilnehmer an dem Delict vorhanden sind. Dieser wichtige Grundsatz ist nirgend allgemein ausgesprochen, er erscheint aber in einer so vollständigen Induction, daß an der Wahrheit desselben nicht gezweifelt werden kann (c).

Einige Beispiele werden die Regel anschaulich machen und außer Zweifel setzen. Wenn Drei gemeinschaftlich Hundert stehlen, so würde die Strafe für einen einzeln

(b) System B. 5 § 210. 211.

(c) System B. 5 § 211. b. und S. 234, wo die Beweisstellen zu den hier im Text aufgestellten Sätzen vollständig angegeben sind. — Es findet sich von der aufgestellten Regel eine einzige wahre Ausnahme, die ohne Zweifel auf einer bloßen Verwechselung der Strafe mit der Entschädigung beruhte, nicht auf einer schwankenden Meinung über die Regel selbst. Wenn Mehrere den Fiscus betrügen, so beträgt die Strafe das Vierfache, aber diese Strafe wird nur einmal von allen Thätern bezahlt, von Jedem also, wenn die Anderen zahlungsfähig sind, nur theilweise. *L.* 46 § 9 *de j. fisci* (49. 14). Finestres in Hermogenianum p. 1047.

ſtehlenden Dieb Zweihundert betragen haben. Dieſe Summe nun muß, in dem hier vorausgeſetzten Falle, jeder der drei Diebe bezahlen, ſo daß der Beſtohlene überhaupt Sechshundert erhält. — Wenn Zwei gemeinſchaftlich ein fremdes Pferd tödten, welches innerhalb des letzten Jahres einen Werth von Hundert hatte, ſo zahlt Jeder Hundert, und der Eigenthümer erhält daher Zweihundert (d).

In den Fällen der zweiſeitigen Strafklagen alſo iſt auch nicht einmal eine ſcheinbare Aehnlichkeit mit dem Correalverhältniß vorhanden.

Anders verhält es ſich mit den einſeitigen Strafklagen, deren Weſen darin beſteht, daß ſie auf reine Entſchädigung wegen eines Delicts gerichtet ſind.

Auch hier wird zwar, dem Grundſatz nach, in dem von Mehreren begangenen Delict, die Handlung jedes

(d) Es ſcheint inconſequent, den Fall der actio legis Aquiliae unter die zweiſeitigen Strafklagen zu rechnen, da jene Klage zunächſt auf bloße Entſchädigung geht. Allein durch die hinzugefügte künſtliche Berechnung (in eo anno, oder in diebus XXX. proximis) konnte ſie zufälligerweiſe bald bloße Entſchädigung, bald Entſchädigung nebſt Strafe, zur Folge haben, und in dieſem letzten Fall war die Strafe mit der Entſchädigung untrennbar verbunden. Wegen dieſer Möglichkeit nun wurde die Klage überhaupt als eine reine, zweiſeitige Strafklage behandelt. Vgl. Syſtem B. 5 S. 234. 236. — So iſt es nach Römiſchem Recht. Wird nach dem heutigen Recht angenommen, daß jene Klage auf reine Entſchädigung, ohne künſtliche Strafberechnung, gehe (wovon künftig die Rede ſeyn wird), ſo iſt ſie nicht mehr als zweiſeitige, ſondern als einſeitige Strafklage zu beurtheilen. Sie ſteht dann, in Beziehung auf die hier vorliegende Frage, auf gleicher Linie mit der actio doli, nicht mehr mit der actio furti.

Einzelnen als selbstständig, ohne Verbindung mit den übrigen Theilnehmern, angesehen, so daß jeder Einzelne zur Zahlung der vollen Entschädigung, nicht blos eines Antheils an derselben, verpflichtet ist. Allein wenn Einer diese Entschädigung bezahlt hat, so werden die übrigen deswegen frei, weil durch die geleistete Zahlung der Begriff eines Schadens, als Bedingung dieser Obligation, gänzlich aufgehoben ist, so daß nunmehr die Obligation keinen Gegenstand mehr hat.

Auch dieser wichtige Grundsatz wird im Römischen Recht nirgend allgemein ausgesprochen, wohl aber durch eine sehr vollständige Induction außer Zweifel gesetzt (e).

Daraus nun entsteht allerdings eine unverkennbare äußerliche Aehnlichkeit der einseitigen Strafklagen mit dem Correalverhältniß, wodurch von jeher die Meisten veranlaßt worden sind, ein wahres Correalverhältniß bei jenen Strafklagen anzunehmen. Um hierin das Wahre und Falsche genau und sicher zu unterscheiden, wird es nöthig seyn, die oben dargestellten Wirkungen des wahren Correalverhältnisses in Erinnerung zu bringen (§ 18. 19), und bei

(e) Die entscheidenden Stellen werden angeführt: System B. 5 § 211. c. und S. 221; noch vollständiger bei Ribbentrop S. 90 bis 106. — Völlig dieselbe Regel, und aus demselben Grunde, ist anzuwenden auf die condictio furtiva (*L.* 1 *C. de cond. furt.* 4. 8), obgleich diese Klage nicht als Delictsklage anzusehen ist. Vgl. System B. 5 Beilage XIV. Num. XVII.

jeder derſelben feſtzuſtellen, ob ſie auf die einſeitigen Strafklagen anwendbar iſt oder nicht.

Bei dieſen Klagen hat der Glaubiger die freie Wahl, welchen unter den Theilnehmern an dem Delict er auf die volle Entſchädigung in Anſpruch nehmen will. — Hat Einer derſelben die Entſchädigung, ſey es freiwillig oder gezwungen, geleiſtet, ſo ſind alle Uebrigen frei. — In dieſen Hauptwirkungen alſo kommen die einſeitigen Strafklagen mit dem Correalverhältniß überein.

Was aber die übrigen Folgen des Correalverhältniſſes betrifft (§ 18. 19), ſo zeigen ſich die größten Verſchiedenheiten zwiſchen dieſem und den einſeitigen Strafklagen. Dieſe Verſchiedenheiten laſſen ſich ſogar auf einen durchgreifenden Grundſatz zurück führen.

Alle Thatſachen, welche oben als wahre Surrogate der Erfüllung, als indirecte Mittel der Befriedigung des Glaubigers, anerkannt worden ſind (§ 18), tilgen die Schuld auch bei den einſeitigen Strafklagen für alle Schuldner zugleich. — Dahin gehören: die gerichtliche Depoſition, die in solutum datio, die Novation (in ſofern ſie wahres Surrogat iſt), die Compenſation, welche als Zahlungsmittel gebraucht worden iſt.

Dagegen bleiben folgende Thatſachen unwirkſam in Beziehung auf die übrigen Schuldner: Die Acceptilation, der formloſe Vertrag, der Vergleich (in ſoweit er nicht eine partielle Befriedigung mit ſich führt); ferner alle auf

den Prozeß bezügliche Thatsachen, wie die Prozeßconsumtion, der Eid, das freisprechende Erkenntniß (f).

B. Manche Obligationen aus gemeinschaftlichen Verträgen ohne Correalverhältniß.

Es ist oben erwähnt worden, daß die Verpflichtungen aus Kauf, Miethe, Commodat, Depositum u. s. w., wenn darin mehrere Personen auf Einer Seite stehen, jede dieser Personen nur theilweise berühren, daß aber eine Correalverpflichtung besonders bedungen werden kann, und daß dieses Letzte auch schon bei den Römern durch formlosen Vertrag möglich war. Dieses war nicht blos in einzelnen Anwendungen, sondern auch grundsätzlich in einer merkwürdigen Stelle von Papinian anerkannt (§ 17. p).

Die Fälle der bedungenen Correalität geben hierin keinem weiteren Zweifel Raum; dagegen bedürfen die übrigen Fälle (worin die Correalität nicht ausbedungen ist) einer genaueren Erwägung.

Ich will zuerst Fälle angeben, in welchen die reine Anwendung der hier in Erinnerung gebrachten Regel unzweifelhaft ist. Wenn Jemand ein Grundstück an Zwei Personen um die Summe von Hundert verkauft oder vermiethet, ohne die Correalität zu verabreden, so kann er von

(f) Ribbentrop § 28. 29. — Besonders wichtig sind in dieser Hinsicht: *L.* 7 § 4 *quod falso* (27. 6) *„perceptione, non electione“*, *L.* 3. 4 *de his qui effud.* (9. 3) „perceptione, non litis contestatione.“

Jedem ganz gewiß nur Fünfzig fordern; Keiner haftet für den Anderen (g).

Das Rechtsverhältniß kann ſich aber anders geſtalten, wenn die einzuklagende Obligation nicht, ſo wie in dieſen Fällen, auf dem bloßen Vertrag an ſich beruht, ſondern auf einem hinzutretenden Thun oder Unterlaſſen des Schuldners, wodurch das ganze Verhältniß nach Umſtänden einen mehr perſönlichen Charakter annehmen kann. Dahin gehören folgende Fälle.

Das Depoſitum verpflichtet den Empfänger in der Regel nur, für ſeinen Dolus einzuſtehen, nicht für Culpa, daher er nicht haftet, wenn ein Dritter die Sache ſtiehlt, obgleich anzunehmen iſt, daß Dieſes nicht ohne ſeine Culpa geſchehen konnte (h). Wenn nun eine Sache an zwei Perſonen zur Aufbewahrung gegeben wird ohne verabredete Correalität, und Beide die Sache unterſchlagen, ſo iſt Jeder in solidum verpflichtet; hat aber der Eine gezahlt, ſo iſt der Andere frei, weil der Begriff des Schadens, alſo der Fall der Entſchädigung, aufgehoben iſt. Hat der Eine allein unterſchlagen, ſo iſt dieſer allein verpflichtet; wird alſo der Andere aus Verſehen verklagt, und nun vom Richter mit Recht freigeſprochen, ſo hindert

(g) Eine ganz poſitive, vereinzelt ſtehende, Verordnung von polizeilichem Charakter, ging auf die ſolidariſche Verpflichtung mehrerer in Societät ſtehenden Sklavenhändler. *L.* 44 § 1 *de aedil. ed.* (21. 1).

(h) § 3 *J. quib. modis re* (3. 14).

Dieses die Klage gegen den Unterschlagenden nicht (i). Es ist einleuchtend, daß hier dieselben Grundsätze angewendet werden, welche oben für die einseitigen Strafklagen aufgestellt worden sind. Wäre es eine Correalschuld, so würde die Contractsklage gegen den Schuldlosen auch die Obligation gegen den Schuldigen consumirt haben. Daß Jeder der Unterschlagenden nicht blos auf die Hälfte, sondern auf das Ganze verklagt werden kann, hat denselben Grund, wie bei der einseitigen Strafklage gegen zwei Theilnehmer an demselben Delict. Denn obgleich hier nicht eine Delictsklage, sondern eine Contractsklage angestellt wird, so ist es doch nicht der unmittelbare Inhalt des Vertrags, den der Glaubiger durch diese Klage verfolgt, sondern eine bei Gelegenheit des Vertrags zugefügte Rechtsverletzung, die in diesem Fall sogar völlig die Natur eines Delicts, und zwar eines dolosen Delicts, an sich trägt (k).

Etwas verschieden davon, aber auf ähnlichen Grundsätzen beruhend, ist die Verpflichtung mehrerer Miether oder Commodatare, die eine Sache zu gemeinschaftlichem Gebrauche, aber nicht als Correalschuldner, empfangen,

(i) *L.* 1 § 43 *depositi* (16. 3). Es wird hier ausdrücklich auf das exemplum duorum tutorum verwiesen.

(k) Diese Art der Beurtheilung wird besonders auch geltend gemacht, wenn die Klage gegen mehrere Erben des ursprünglichen Depositars angestellt wird. Aus dem Dolus des Verstorbenen sind sie theilweise verpflichtet. Hat Jeder einen Theil des Depositum für sich unterschlagen (ohne gemeinschaftliches Handeln), so haftet er für diesen Theil. Haben sie gemeinschaftlich unterschlagen, so haften sie in solidum, ganz wie bei zwei ursprünglichen Depositaren (Note i). *L.* 9 *L.* 22 *depos.* (16. 3).

z. B. einen Wagen zu einer Reiſe, die ſie in einem gemeinſamen Geſchäft unternehmen wollen. Zwar wenn Dieſe gemeinſchaftlich die Sache unterſchlagen, ſind ſie völlig in derſelben Lage, wie ſie ſo eben für das Depoſitum dargeſtellt worden iſt. Allein die Miether und Commodatare ſind auch zur diligentia verpflichtet, und eine wichtige Anwendung dieſer Verpflichtung liegt darin, daß ſie den durch Diebſtahl eingetretenen Verluſt der Sache vergüten müſſen, indem allgemein angenommen wird, jeder Diebſtahl hätte durch diligentia abgewendet werden können. Geſetzt nun, in dem angeführten Fall wird die Sache von einem Dritten geſtohlen, ſo iſt Jeder in solidum zum Erſatz verpflichtet, weil Jeden der Vorwurf trifft, daß er durch die ihm obliegende diligentia den ganzen Schaden hätte abwenden können, weil alſo Jeder zur vollen, nicht zu einer halben, diligentia verpflichtet iſt. Dafür hat aber auch Jeder die furti actio gegen den Dieb (k[1]).

C. Die hier erklärten Fälle ſind zugleich erläuternd für das folgende ſehr wichtige Rechtsverhältniß. Wenn mehrere Mitvormünder gemeinſchaftlich verwalten, ſo iſt in der Regel Jeder derſelben dem Unmündigen nur theilweiſe verpflichtet; es kann aber nach Umſtänden auch eine ſolidariſche Verpflichtung eintreten, ſelbſt für die nachtheiligen Handlungen des Mitvormundes, weil er dieſe hätte durch gehörige Aufſicht verhüten können und ſollen, gerade ſo, wie in dem oben angegebenen Fall jeder einzelne Miether

(k[1]) *L.* 5 § 15, *L.* 6, *L.* 7 *pr. comm.* (13. 6).

des Wagens den Diebstahl verhüten konnte. Dann also kann jeder Vormund auf das Ganze verklagt werden, und seine Zahlung befreit die Mitvormünder (l).

Die solidarische Verpflichtung der Mitvormünder tritt natürlich auch in dem Fall ein, wenn der Anspruch des Mündels aus einer gemeinsamen Unredlichkeit der Vormünder entstanden ist, und dieser Fall giebt noch zu einem besonderen Zweifel Veranlassung. Für diesen Fall hatten die zwölf Tafeln eine eigenthümliche Klage eingeführt, die actio de rationibus distrahendis auf den doppelten Werth der Unterschlagung. Dieses scheint eine zweiseitige Strafklage zu seyn, bei welcher, nach den oben aufgestellten Grundsätzen, die Zahlung des Einen den anderen Mitvormund nicht hätte befreien dürfen (Note c). Dennoch soll hier diese Befreiung eintreten. Das erklärt sich aber daraus, daß bei der erwähnten Klage der doppelte Werth nicht als reine Strafe aufgefaßt wird, sondern vielmehr als ein, zum Vortheil des betrogenen Unmündigen, willkürlich abgeschätztes höheres Interesse in der actio tutelae. Es war also nur eine und dieselbe actio tutelae mit einer zweifachen condemnatio, die in die freie Wahl des Klägers gestellt war (m).

(l) Ueber die solidarische Verpflichtung der Vormünder im Allgemeinen, die nur in der Lehre von der Vormundschaft befriedigend behandelt werden kann, vgl. Ribbentrop § 9. 10, und Rudorff Vormundschaft § 161. Eine actio pro socio konnte hier nicht vorkommen, weil das Verhältniß unter Mitvormündern überhaupt nicht auf Vertrag beruht.

(m) *L.* 1 § 21. 22, *L.* 2 § 1, *L.* 15 *de tutelae* (27. 3), *L.* 55 § 1 *de admin.* (26. 7).

Vergleichen wir die hier zusammen gestellten Fälle (Depositum, Miethe und Commodat, Vormundschaft) mit den einseitigen Strafklagen, so müssen wir vollkommen gleiche Wirkungen annehmen. Auch hier kann der Gläubiger jeden Schuldner auf das Ganze in Anspruch nehmen; auch hier befreit Jeder durch seine Erfüllung alle übrigen Schuldner; auch hier haben alle anderen Aufhebungsarten der Obligation nur in sofern einen allgemeinen, durchgreifenden Einfluß, als sie für wahre Surrogate der Erfüllung angesehen werden können.

Mit den hier dargestellten contractlichen Verhältnissen wird sehr häufig noch ein anderes zusammen gestellt, welches jedoch nicht nur verschieden davon ist, sondern auch noch weniger, als sie, Verwandtschaft mit dem wahren Correalverhältniß hat. Dieses ist das Verhältniß eines Mandators, welcher einem Andern Auftrag giebt, einem Dritten Geld zu leihen, und dadurch in ein, dem Bürgen ähnliches Verhältniß eintritt. Die Hauptregeln für dieses Verhältniß sind folgende. Wenn der Hauptschuldner zahlt, so wird der Mandator frei, weil kein Schade mehr zu vergüten übrig ist (n). — Mehrere, von einander unabhängige, Mandatoren haften in solidum; die Zahlung des Einen befreit die Uebrigen, aus dem bereits angeführten Grunde; dagegen werden die Uebrigen nicht frei, wenn einer aus ihnen blos verklagt, ja selbst, wenn er freige-

(n) *L.* 27 § 5 *mand.* (17. 1), *L.* 13, *L.* 71 *pr. de fidej.* (46. 1). — Vgl. über diesen ganzen Fall: Ribbentrop § 12.

ſprochen wird (o). Die Zahlung eines Mandators befreit den Hauptſchuldner nicht, weil zwiſchen ihnen gar kein Rechtsverhältniß beſteht (p). — Es iſt einleuchtend, daß in dieſem Fall nur eine ſehr entfernte Aehnlichkeit mit einem Correalverhältniß wahrzunehmen iſt.

§. 21.

III. Perſonen in der Obligation. B. Correalſchuld. Unächte Fälle (Fortſetzung).

D. Sogenannte actiones adjecticiae qualitatis (a).

Die letzte Claſſe von Fällen einer unächten Correalität umfaßt eine Anzahl von Klagen, welche, neben einer gewöhnlichen Schuldklage, gegen eine andere Perſon, als den eigentlichen Schuldner, angeſtellt werden können. Zwei dieſer Klagen beziehen ſich auf gewerbliche Verhältniſſe, in welchen der Schuldner fremde Geſchäfte beſorgt; die übrigen ſetzen voraus die Abhängigkeit des Schuldners von der häuslichen Gewalt eines Vaters oder Herrn. Die Klagen ſelbſt ſind folgende:

Actio exercitoria und institoria.

Actio de peculio, de in rem verso, quod jussu, tributoria.

(o) *L.* 52 § 3 *de fidej.* (46. 1).

(p) *L.* 28 *mand.* (17. 1), *L.* 13 *de fidej.* (46. 1), *L.* 95 § 10 *de sol.* (46. 3).

(a) Erſchöpfend handelt von dieſen Fällen: Keller Litiscontestation § 49. 50. 51.

Wenn der Unternehmer eines Rhedereigeschäfts (exercitor) das Geschäft nicht selbst, sondern durch einen Stellvertreter (magister, Kapitän) betreibt, und wenn dieser Stellvertreter Geschäfte abschließt, die innerhalb der Gränzen seiner Vollmacht liegen, so ist und bleibt zwar er selbst der eigentliche, wahre Schuldner. Allein aus jenen Geschäften muß auch der Rheder sich mit derselben Klage, wie der Schuldner, verklagen lassen, die dann den Beinamen exercitoria actio annimmt. Daher hat nun der Glaubiger die Wahl zwischen zwei Klagen gegen verschiedene Personen auf denselben Gegenstand (b), und darin liegt eine unverkennbare Aehnlichkeit dieses Rechtsverhältnisses mit einer Correalschuld. Diese Aehnlichkeit erhält aber noch eine weitere Ausdehnung. Wenn mehrere Rheder deſſelben Schiffes den magister bestellt haben, so kann die exercitoria actio gegen jeden einzelnen Rheder gleichfalls in solidum angestellt werden (c).

Genau daſſelbe Rechtsverhältniß tritt ein, wenn der Unternehmer irgend eines anderen gewerblichen Geschäfts (Handlung, Fabrik, Landwirthschaft u. s. w.) dieses Geschäft durch einen an die Spitze gestellten Geschäftsführer (institor) betreibt, und Dieser Verträge schließ't innerhalb

(b) *L.* 1 § 17. 24, *L.* 5 § 1 *de exerc.* (14. 1). In der letzten dieser Stellen wird das Rechtsverhältniß so bezeichnet: „hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur."

(c) *L.* 1 § 25, *L.* 2, *L.* 3, *L.* 4 § 1, *L.* 5 § 2 *de exerc.* (14. 1).

der Gränzen ſeines Auftrags. Der Glaubiger hat die Wahl, gegen den institor mit der gewöhnlichen Contractsklage aufzutreten, oder gegen den Unternehmer mit derſelben Klage unter dem hinzugefügten Namen einer institoria actio (d). Gehört das Geſchäft mehreren Unternehmern, die den institor gemeinſchaftlich angeſtellt haben, ſo iſt auch jeder Unternehmer die Klage in solidum gegen ſich anſtellen zu laſſen verpflichtet (e).

Wenn ferner der in häuslicher Gewalt ſtehende Sohn oder Sklave einen Vertrag ſchließt, ſo wird er ſelbſt dadurch zunächſt Schuldner. War ihm aber ſchon vorher ein Peculium anvertraut worden, ſo geht nun dieſelbe Contractsklage zugleich gegen den Hausvater mit dem Beiſatz: de peculio, ſo daß nun der Glaubiger gleichſam zwei Schuldner hat, zwiſchen welchen er für die Anſtellung der Klage frei wählen kann (f). — Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit den Klagen: de in rem verso, quod jussu, tributoria.

Die aufgeſtellte Behauptung, daß in ſolchen Fällen der Glaubiger zunächſt den eigentlichen Schuldner belangen kann, muß für das Römiſche Recht mit der allgemeinen Einſchränkung verſtanden werden, wenn nicht etwa der Hauptſchuldner ein Sklave war, welcher Fall bei allen hier zuſammen geſtellten Klagen vorkommen konnte; denn

(d) *L.* 1 *pr.* *L.* 7 § 1 *de instit.* (14. 3).
(e) *L.* 13 § 2 *de instit.* (14. 3).
(f) *L.* 44. 45 *de peculio* (15. 1).

ein Sklave konnte überhaupt nicht verklagt werden, sondern nur in einer klaglosen Obligation als Schuldner stehen (§ 10 b. g). — Ferner hat jede der hier genannten Klagen ihre eigenthümlichen Bedingungen und Einschränkungen; diese werden späterhin, jede an ihrem Orte, vollständig darzustellen seyn.

Hier ist dieses ganze Rechtsverhältniß blos von der Seite erwogen worden, von welcher es eine (sey es wahre, oder scheinbare) Correalschuld enthält, und hierüber muß an dieser Stelle Rechenschaft gegeben werden.

Eine Aehnlichkeit mit der Correalschuld ist nun bereits anerkannt worden; der Glaubiger hat zwei Personen vor sich, deren jede er nach freier Wahl auf die ganze Schuld verklagen kann.

Wir können sogleich eine zweite Aehnlichkeit unbedenklich hinzufügen: wenn der eine oder der andere dieser Schuldner bezahlt, so sind beide frei. Daß der Hauptschuldner durch Zahlung die Schuld völlig tilgen kann, versteht sich ohnehin von selbst; daß aber auch der andere mit voller Wirkung dazu fähig ist, kann keinen Zweifel haben, indem selbst jeder Dritte eine Schuld durch seine Zahlung tilgen kann, wenn er in dieser Absicht zahlt (g).

Wir müssen aber noch einen Schritt weiter gehen, und eine Aehnlichkeit hervorheben, die selbst bei den zunächst vorhergehenden Fällen (§ 20) nicht anerkannt werden

(g) *L.* 23. 53 *de sol.* (46. 3), *L.* 39 *de neg. gestis* (3. 5).

konnte. Wenn in der einen oder der anderen der beiden hier zulässigen Klagen eine Litiscontestation vorgenommen war, so waren beide Klagen durch Prozeßconsumtion völlig zerstört, ohne Rücksicht auf den Erfolg des Rechtsstreits. Der Grund dieser eigenthümlichen Erscheinung aber war ein ganz zufälliger. Er lag blos darin, daß in beiden Klagen die intentio wörtlich gleichlautend war, und sogar die Namen derselben Personen ausdrücken mußte (h).

Allein ungeachtet dieser Aehnlichkeiten müssen wir dennoch behaupten, daß in den hier aufgezählten Klagen ein wahres Correalverhältniß in der That nicht enthalten war. Die Sache verhielt sich vielmehr so.

Für Den, welcher den Vertrag geschlossen hatte (den magister, den institor, den Sohn, der ein Peculium besaß), war allein eine wahre, eigentliche Obligation vorhanden. Alle Aufhebungsgründe einer Obligation, so wie sie oben aufgezählt worden sind (§ 18. 19), wenn sie in Beziehung auf dieſe Obligation vorkamen, tilgten dieselbe nach allen Seiten, und machten forthin auch die Anstellung der Nebenklage unmöglich. Dahin gehören namentlich auch die auf dem bloßen Willen beruhenden Gründe der Aufhebung. Wenn also der Glaubiger dem institor die Schuld durch Acceptilation erließ, so war keine Schuld mehr vorhanden,

(h) Keller a. a. O. Das ganze Verhältniß wird recht anschaulich durch die von ihm S. 429 aufgestellte Formel einer actio de peculio, combinirt mit der actio de in rem verso für denselben Fall.

die durch die institoria actio gegen den Herrn des Geschäfts hätte ferner verfolgt werden können. Eben so, wenn eine Novation vorgenommen wurde (i), ohne Rücksicht darauf, ob darin eine Befriedigung des Glaubigers verborgen war oder nicht. — Umgekehrt aber kann Dieses wohl nicht behauptet werden. Eine Acceptilation des Glaubigers, gerichtet an den Unternehmer des Geschäfts, hätte keinen Sinn gehabt, weil dieser nicht eigentlich Schuldner war, sondern nur eine fremde Klage über sich ergehen lassen mußte. Und auch eine an diesen gerichtete Novation konnte nur in sofern den institor befreien, als in derselben ein wahres Surrogat der Erfüllung enthalten war, nicht, wenn sie blos als formelles Geschäft (ähnlich der Acceptilation) wirken sollte.

Aus diesen Gründen müssen also auch die s. g. actiones adjecticiae qualitatis unter die unächten Fälle des Correalverhältnisses gerechnet werden. Indessen ist zuzugeben, daß diese Behauptung ein mehr theoretisches, als praktisches Interesse mit sich führt, und daß mit Denen, welche etwa ein eigentliches Correalverhältniß hier annehmen möchten, ein erheblicher und fruchtbarer Streit nicht zu führen seyn würde. Diesen gegenüber ist be-

(i) Dieser Satz wird unmittelbar ausgesprochen in *L.* 13 § 1 *de instit.* (14. 3) „Meminisse autem oportebit, institoria dominum ita demum teneri, si non novaverit quis eam obligationem vel ab institore, vel ab alio novandi animo stipulando."

ſonders feſtzuhalten, daß in den hier angegebenen Fällen kein haltbarer Grund zu finden ſeyn möchte, eine Entſtehung der Correalität durch das Geſetz, alſo ohne den Willen der Schuldner, anzunehmen (§ 17. a), indem faſt in allen Fällen der hier dargeſtellten Claſſe die beſtimmte Einwilligung des hinzugezogenen zweiten Schuldners augenſcheinlich vorliegt. Der Rheder und der Fabrikherr haben durch Anſtellung des magister oder des institor beſtimmt eingewilligt, die Klagen aus den Verträgen derſelben gegen ſich anſtellen zu laſſen; eben ſo auch der Vater, welcher ſeinem Sohn ein Peculium anvertraut (actio de peculio und tributoria), oder welcher durch den Sohn ein einzelnes Geſchäft beſorgen läßt (quod jussu). Es würde alſo nur etwa die actio de in rem verso als zweifelhaft übrig bleiben, die jedoch einen ganz eigenthümlichen Zuſammenhang mit allgemeineren Rechtsgrundſätzen hat, und daher das Princip der Entſtehung der Correalſchulden gewiß nicht zu modificiren vermag.

§. 22.

III. Perſonen in der Obligation. B. Correalſchuld. Praktiſche Bedeutung dieſes Rechtsinſtituts.

Bisher iſt der quellenmäßige Beſtand des Römiſchen Inſtituts der Correalſchuld, ſo wie einiger demſelben verwandter Inſtitute, feſtgeſtellt worden. Dieſe Lehre erfordert

jedoch zuerſt noch eine Ergänzung auf einer ihrer wichtigſten und ſchwierigſten Seiten. Dann iſt es nöthig, das Verhältniß des heutigen Rechts zu derſelben zu unterſuchen.

Bevor jedoch dieſe zweifache Erwägung mit Ausſicht auf wahren Erfolg unternommen werden kann, iſt es nöthig, auf den bisher dargeſtellten Haupttheil derſelben einen Rückblick zu werfen, um dadurch die wahre praktiſche Bedeutung des Rechtsinſtituts mit Sicherheit zu erkennen, und ſo in den bisher aufgeſtellten Regeln das mehr oder weniger Weſentliche zu unterſcheiden.

Wenn wir die oben aufgeſtellten Wirkungen der Correalſchuld (§ 18. 19) in einen allgemeinen Ueberblick zuſammen faſſen, ſo erſcheint darin Manches recht auffallend, faſt räthſelhaft. Auf der einen Seite erſcheint darin eine beſondere Macht und Willkür der Glaubiger, auf der anderen Seite aber auch manche Gefahr zufälliger Folgen, die nicht blos die Schuldner, ſondern großentheils auch die Glaubiger treffen. Unter mehreren correalen Glaubigern kann Einer für ſich allein die ganze Schuld einziehen, wodurch die übrigen ihre Rechte verlieren; unter mehreren Schuldnern kann Einer gezwungen werden, die Schuld allein zu zahlen, ohne Theilnahme der übrigen. Eben ſo kann es geſchehen, daß, durch die unvorſichtige Anſtellung einer Klage, die Correalforderung auch gegen alle anderen Schuldner untergeht. — Durch die Folgen ſolcher Art erſcheint dieſes Inſtitut faſt wie ein Glücksſpiel, mit zu-

fälligem Gewinn und Verlust, ohne inneren Grund, verbunden.

Es wäre ein großer Irrthum, diesen möglichen Erfolg als die wahre Absicht, als die praktische Bedeutung des Instituts, anzusehen. Alle Folgen der oben beschriebenen Art liegen blos in der unvermeidlichen juristischen Consequenz, und sind dem wahren Sinn und der Absicht des Instituts fremd. Die Rücksicht auf jene Gefahren kann besondere Vorsicht räthlich machen bei der Einlassung in ein Correalverhältniß, so wie bei der Handhabung der daraus entspringenden Rechte; theils persönliches Vertrauen, theils mancher schützende Nebenvertrag, kann die erwähnten Gefahren abwenden oder vermindern. Es läßt sich dagegen ganz allgemein und bestimmt angeben, worin die wahre praktische Bedeutung der Correalschuld, verglichen mit einem unter mehreren Personen getheilten Schuldverhältniß, besteht. Dem Glaubiger soll dadurch eine freiere Macht verliehen werden in der Verfolgung einer Schuld; das ist die wahre praktische Bedeutung.

Diese größere Macht des Glaubigers zeigt sich bei der passiven Correalschuld (also bei dem häufigsten und wichtigsten Fall überhaupt) in einer zweifachen Richtung. Erstlich, indem er unter mehreren Schuldnern den einzelnen auswählen kann, dessen Vermögen ihm die größte Sicherheit für die Erfüllung darbietet. Zweitens, indem er seinen Zweck durch eine einzige Klage, also auf leichtere und bequemere Weise, erreichen kann, anstatt daß er

außerdem mehrere Klagen gegen verschiedene Schuldner, die vielleicht an zerstreuten Orten wohnen, anstellen müßte, wodurch also Zeit, Mühe, Geld erspart werden kann. Und zwar steht diese besondere Art der Verfolgung ganz in der Willkür des Glaubigers, welcher völlig freie Wahl hat, die Schuld in dieser besonderen Weise, oder vielmehr als eine getheilte Schuld, zu behandeln (§ 18. b).

In ähnlicher Weise verhält es sich auch bei der activen Correalschuld, nur mit dem natürlichen Unterschied, daß dabei der Zweck der leichteren und bequemeren Verfolgung allein bestimmend ist.

Es ist sehr wichtig, es sich recht klar zu machen und fest zu halten, daß die wahre Bedeutung des Instituts der Correalschuld in den angegebenen beiden Zwecken, und nur allein in diesen, enthalten ist: Sicherheit und Bequemlichkeit in der Rechtsverfolgung (a). So lange diese

(a) Eine unverkennbare Hindeutung auf diese zwei Zwecke der Correalschuld findet sich in einer schon oben (§ 18. b) angeführten Stelle des Marcellus, der *L.* 47 *loc.* (19. 2). Diese Stelle spricht von einer durch Consensualcontracte begründeten Correalschuld, welcher Fall wahrscheinlich zu der späteren Entwickelung des Instituts gehörte, und darum auch in seinen Wirkungen nicht immer den ursprünglichen Fällen (der Stipulation) völlig gleich gestellt wurde. Darüber nun war kein Zweifel, daß auch in diesem Fall der Glaubiger die höchste Sicherheit haben müsse, daß also für einen insolventen Mitschuldner der zahlungsfähige einzustehen habe. Dagegen scheinen Manche einem solchen Glaubiger die bequemere Verfolgung durch eine einzige Klage, gegen den willkürlich ausgewählten Mitschuldner, versagt zu haben, sobald nur die übrigen gleichfalls zahlungsfähig wären. Marcellus selbst freilich ist anderer Meinung, und spricht diesen Correalglaubigern beide Vortheile der Correalschuld (Sicherheit und bequeme Verfolgung) unbedingt zu, so wie

Zwecke, die lediglich auf den Vortheil der Glaubiger berechnet sind, ungefährdet bleiben, kann aus Gründen der Billigkeit manche Modification, sey es durch Uebereinkunft, sey es durch Anwendung allgemeinerer Rechtsregeln, versucht werden, ohne dem Wesen des Instituts auf inconsequente Weise Abbruch zu thun.

Der oben aufgestellte Gesichtspunkt bezog sich auf die wahre, ächte Correalschuld. Die unächten Fälle (§ 20) sind zwar an sich von diesen ächten Fällen verschieden; dennoch ist auch bei der Bildung der für sie geltenden Rechtsregeln derselbe Gesichtspunkt leitend gewesen. Wenn aus einem von Mehreren verübten Delict jeder Einzelne solidarisch zur Entschädigung verpflichtet wird, so geschieht Dieses nicht etwa in der Ueberzeugung, als ob in der That jeder Einzelne für sich allein Urheber des ganzen Schadens gewesen wäre (indem dieser vielleicht nur durch die vereinten Kräfte bewirkt werden konnte), sondern es geschieht, um dem Verletzten auf die sicherste und bequemste Weise zum Ersatz des Schadens zu verhelfen, auf welchen Vortheil Dieser gewiß einen wohlbegründeten Anspruch hat. Es ist also nicht richtig, wenn manche Schriftsteller die Fälle der ächten und der unächten Correalschuld auch von Seiten der dabei leitenden praktischen Gesichtspunkte als ganz verschieden betrachten wollen (b).

diese Vortheile den ursprünglichen Correalgläubigern (durch Stipulation) gewiß niemals streitig gemacht wurden.

(b) Durch diese Bemerkung wird weder der Wahrheit, noch der Wichtigkeit der auch von mir anerkannten Unterscheidung der ächten und

Um die hier aufgestellte Behauptung überzeugender und anschaulicher zu machen, wird es nöthig seyn, einen Blick zu werfen auf die Verhältnisse des wirklichen Lebens, in welchen eine Correalschuld vorzukommen pflegt. Diese Betrachtung wird zugleich den Weg bahnen zur Beantwortung der oben (§ 16) aufgeworfenen, aber einstweilen ausgesetzten Frage über das im Römischen Recht angenommene Grundverhältniß, nach welchem jede Obligation mehrerer Glaubiger oder Schuldner so zu betrachten ist, daß sie in der Regel die Einzelnen nur theilweise betrifft, daß sie aber ausnahmsweise auf jeden Einzelnen ungetheilt (in solidum) bezogen werden kann, wenn der freie Wille der Betheiligten auf eine solche besondere Einrichtung führt. Es wird sich aus jener Betrachtung ergeben, ob dieses Grundverhältniß von Regel und Ausnahme auf inneren Gründen beruht, und also auch für das heutige Recht die unveränderte Anerkennung in Anspruch nehmen darf.

Wenn der Eigenthümer eines Landgutes dieses um Tausend Thaler jährlich an zwei Personen verpachtet, so verschafft er jeder derselben die Hälfte der Vortheile, die aus dem Genuß des Gutes gezogen werden können. Die natürliche Vergütung dieser Vortheile besteht darin, daß

unächten Fälle der Correalschuld (§ 16. c) zu nahe getreten. Es soll dadurch nur gewarnt werden gegen eine Uebertreibung in den Folgen jener Unterscheidung, wie sich z. B. findet bei Schröter S. 431—433.

ihm jeder Pächter Fünfhundert bezahlt, weil er den Werth dieser Geldsumme, nicht mehr, noch weniger, durch den Eigenthümer erhält. — Ganz eben so verhält es sich, wenn ein Landgut an zwei Personen um Zehen Tausend Thaler verkauft wird; jeder Käufer erhält dadurch einen Werth von Fünf Tausend, und würde durch diese Summe die natürliche Vergütung für den erlangten Vortheil leisten. — Genau derselbe Fall aber tritt auch ein, wenn Einer Hundert Thaler als Darlehen an zwei Personen giebt. Jeder derselben empfängt in der That den Werth von Fünfzig, und die natürliche Verpflichtung aus diesem Empfang führt dahin, daß künftig Jeder Fünfzig zurück zahle.

Wenn nun in den hier angegebenen Fällen eine Correalschuld verabredet wird, warum geschieht Dieses? Gewiß nicht in der Meinung, als ob jeder dieser Schuldner mehr, als den angegebenen Vermögenswerth, für sich erhalten hätte, sondern weil der Glaubiger zu seiner Sicherheit und Bequemlichkeit es wünschenswerth findet, diese künstliche Einrichtung an die Stelle der natürlichen Verpflichtung zu setzen, und weil die Schuldner sich Dieses gefallen lassen. Dieses ist die wahre praktische Bedeutung des Instituts, alles Uebrige liegt blos in der juristischen Consequenz, nicht in der eigentlichen Absicht. Die damit verbundenen Gefahren und Nachtheile muß der Glaubiger mit übernehmen, weil er nur dadurch die erwähnten Vortheile erlangen kann; die Schuldner müssen es, weil ihnen

der Glaubiger nur unter dieſer Bedingung die Pachtung, den Kauf, das Darlehen, gewähren will.

Aus dieſer Betrachtung aber folgt die vollſtändige Rechtfertigung des im Römiſchen Recht angenommenen Grundverhältniſſes von Regel und Ausnahme. Das Correalverhältniß wird dabei nicht etwa als ungerecht oder unbillig angeſehen, welcher Vorwurf durch die freie Einwilligung gänzlich ausgeſchloſſen wird. Wohl aber wird es als das nicht natürliche Verhältniß anerkannt, welches ſich niemals von ſelbſt verſteht, ſondern als eine künſtliche Einrichtung nur durch den beſonderen Willen der Perſonen, welche die Obligation überhaupt hervorbringen, begründet werden kann.

Zur Ergänzung aber muß noch Folgendes hinzugefügt werden. In den angegebenen Fällen kann zugleich eine Societät der Schuldner zum Grunde liegen, wenn nämlich die Pächter oder Käufer das Landgut auf gemeinſchaftliche Rechnung genießen und bewirthſchaften wollen, oder wenn die Darlehensſchuldner die geliehene Summe von Hundert Thalern zu einem gemeinſamen Gewerbe gebrauchen. Allein dieſer Nebenumſtand iſt dem Correalverhältniß fremd, er iſt dem Glaubiger gleichgültig, und kann demſelben ganz unbekannt bleiben. Es laſſen ſich die Verhältniſſe auch ſo denken, daß das Landgut auf der Stelle getheilt, und von jedem Pächter auf eigene Rechnung beſonders bewirthſchaftet, von jedem Käufer zur Hälfte als ausſchließendes Eigenthum erworben wird; eben ſo, daß jeder der beiden

Darlehensschuldner Fünfzig Thaler für sich allein an sich nimmt und verbraucht. In diesen Fällen hat jeder Schuldner sein eigenes, partielles Interesse an der Schuld für sich, und er tritt in das für ihn lästige solidarische Verhältniß zu der Schuld, nur weil der Gläubiger hierauf bestand. Wenn wir also auf das Wesen der Sache sehen, so ist es hier so zu betrachten, als hätte Jeder eine eigene Schuld zur Hälfte übernommen, und daneben für die Hälfte des Mitschuldners Bürgschaft geleistet. Wir dürfen es nicht Bürgschaft nennen, noch die besonderen Rechtsregeln der Ädejussio darauf anwenden, weil dafür eine ganz andere (und zwar dem Gläubiger günstigere) Rechtsform angewendet worden ist (c). Allein die Absicht der Mitschuldner, und ihr Verhältniß unter sich, kann in der That nur auf diese Weise gedacht werden. Wie also der gewöhnliche Bürge zu dem Hauptschuldner in einem Mandatsverhältniß steht, vorausgesetzt nur, daß der Hauptschuldner um die Bürgschaft weiß und nicht widerspricht, auch ohne ausdrückliche, positive Willenserklärung (d), —

(c) Die Römer hatten drei ganz bestimmte Formen der Bürgschaft, doch ohne sich an diese ausschließend zu binden (Gajus III. § 116). Bei uns werden in einem solchen Vertrag nicht leicht die Ausdrücke: Bürge und Bürgschaft fehlen. Das Wesentliche aber liegt darin, daß aus dem Vertrag selbst die Absicht einer accessorischen Verpflichtung erkennbar sey, das heißt, die Absicht des Bürgen, für ein ihm fremdes Geschäft sich zu verpflichten. Gerade Dieses aber ist aus der Fassung eines solchen Vertrages, wie er hier im Text vorausgesetzt wird, nicht erkennbar.

(d) *L.* 6 § 2 *mand.* (38. 5), *L.* 1 § 19 *si quid in fraud.* (38. 15).

gerade so hat jeder der beiden Pächter dem anderen den Auftrag zur solidarischen Verpflichtung gegeben, weil nur auf diese Weise der ganze Pachtvertrag zu Stande gebracht werden konnte.

Wir könnten nun versuchen, noch einen Schritt weiter zu gehen, und auch den Fall hierher zu ziehen, wenn einer der beiden Correalschuldner gar kein eigenes Interesse bei der Sache hätte, sondern in der That nur zum Zweck der Bürgschaft scheinbarer Correalschuldner würde, so z. B., wenn A. ein Darlehen von Hundert erhielte, und B. (ohne an jener Summe Antheil zu bekommen) dennoch in der Form einer gewöhnlichen Correalschuld einträte. Ich glaube aber nicht, daß die Römer, bei ihrem richtigen Sinn für Formen, ein solches Verfahren angewendet, sondern vielmehr diesen Vertrag als einfache fidejussio geschlossen haben werden; wenigstens weiß ich keine Stelle, worin jenes Verfahren erwähnt würde (e). — Wir sind daher berechtigt, anzunehmen, daß bei dem passiven Correalverhältniß stets jeder der Schuldner ein eigenes, wenn auch nur partielles, Interesse bei dem ganzen Rechtsgeschäft hat (f).

(e) Die einzige Stelle, die etwa darauf bezogen werden könnte, ist *L.* 18 *ad Sc. Vell.* (16. 1). Allein diese Stelle ist wohl auf den ganz anderen Fall einer Expromission zu beziehen, die ja auch eine wahre Intercession ist, und also auch unter dem Verbot des Sc. Vellejanum steht. Vgl. *L.* 19 *de nov.* (46. 2).

(f) Es ist demnach nicht zu billigen, wenn von manchen Schriftstellern dieser Fall als ein besonderer, mit eigenthümlichen Folgen versehener, behandelt wird, da er vielmehr als der allgemeine angesehen werden muß. Jenes geschieht z. B. von v. Schröter in Linde's Zeitschrift B. 6 S. 427.

Eine ganz ähnliche, nur noch einfachere, Betrachtung wird uns das Vorkommen der activen Correalschuld im wirklichen Leben anschaulich machen. Wenn zwei Miteigenthümer eines Landgutes dasselbe an einen Dritten verpachten oder verkaufen, so wird Dieser, im natürlichen Gang der Sache, Schuldner jedes Miteigenthümers nur theilweise, und zwar nach Verhältniß des Antheils, der dem Schuldner von jedem der Glaubiger an dem Landgut verschafft wird. Eben so, wenn zwei Personen eine Geldsumme zusammen bringen, um sie einem Dritten als Darlehen zu geben. Es kann aber ausnahmsweise verabredet werden, daß das Recht aus diesen Verträgen von jedem Glaubiger solidarisch ausgeübt werden dürfe. Sie können dazu Veranlassung finden, indem jeder dieser Glaubiger abwechselnd durch seine Lebensverhältnisse zu öfterer Abwesenheit genöthigt wird, in welchem Fall der Anwesende die Rechte des Abwesenden wahrzunehmen durch das Correalverhältniß auf leichte und sichere Weise in den Stand gesetzt wird. — Auch dieses Verhältniß läßt sich mit und ohne Societät denken. Zwei Kapitalisten können ihr Geld in eine gemeinsame Kasse legen, um es so, als Gesellschafter, zinsbar anzulegen. Sie können aber auch, ohne eine solche Verbindung, ein einzelnes Kapital, das ein Dritter, als Schuldner, sucht, zusammen bringen, und darauf, aus dem oben angegebenen Beweggrund, ein actives Correalverhältniß gründen. In diesem letzten Fall wird unter ihnen das Daseyn eines gegenseitigen Mandatsvertrags

noch unverkennbarer ſeyn, als es ſchon oben für das paſſive Correalverhältniß bemerkt worden iſt.

§. 23.

III. Perſonen in der Obligation. B. Correalſchuld. Regreß (Spätere Ausgleichung).

Schriftſteller.

Glossa Accursii in L. 2 C. de duob. reis (8. 40).

W. Sell in Linde's Zeitſchrift B. 3 S. 370—422 und B. 4 S. 17—36 (1830. 1831).

— — Verſuche Th. 1 Num. 1. S. 116.

v. Schröter in Linde's Zeitſchrift B. 6 S. 409—446 (1833).

Habicht rechtliche Erörterungen Herbſt 1843 S. 1—77.

Vangerow S. 76—80, wo mehrere andere Schriftſteller angeführt werden.

Die im § 22 angeſtellten allgemeinen Betrachtungen ſind zugleich dazu geeignet, als Grundlage zu dienen für die Beantwortung einer beſonderen Frage, die zu den wichtigſten in dieſer ganzen Lehre gehört, und die mehr, als irgend eine andere Frage, zu allen Zeiten höchſt beſtritten geweſen iſt: die Frage nach der ſpäteren Ausgleichung unter den Betheiligten, oder nach dem Regreß. Der Sinn

dieser Frage bezieht sich gleichmäßig auf die active und die passive Correalobligation. Wenn nämlich Einer unter mehreren Correalgläubigern das Ganze erhalten hat (wodurch das Ziel der Obligation als solcher erreicht ist), muß er hinterher mit seinen Mitgläubigern theilen? Eben so, wenn Einer von mehreren Correalschuldnern das Ganze gezahlt, und dadurch die Obligation als solche zu ihrem Ziel geführt hat, kann er hinterher von seinen Mitschuldnern fordern, daß sie ihm theilweise Ersatz leisten?

Schon unter den Römischen Juristen finden sich bei Erwähnung dieser Fragen etwas verschieden lautende Aeußerungen. Bei den Glossatoren sind die Ansichten noch mehr aus einander gegangen, und dieser Streit hat sich bis auf die neueste Zeit theils fortgesetzt, theils noch erweitert.

Ich will damit anfangen, die äußersten Punkte der verschiedenen Meinungen, sammt ihren Grundlagen, anzugeben. Von der einen Seite wird der Anspruch auf die nachfolgende Ausgleichung (Regreß) verneint, von der anderen Seite wird derselbe bejaht; beide aber nähern sich einander an, indem sie für einzelne Fälle manche Ausnahmen ihrer Regel zulassen.

Der allgemeinste Grund der ersten (verneinenden) Meinung liegt darin, daß das abstracte Wesen der Correalschuld an sich, auf eine Ausgleichung nicht führt, daß dieselbe also jenem Wesen fremd ist. Dieses muß zugegeben werden, allein es ist darin, streng genommen, nicht sowohl

die Verneinung des Regreſſes enthalten, als vielmehr der bloße Mangel eines Grundes, den Regreß zu behaupten. Der Unterſchied dieſer Auffaſſungen liegt darin, daß, wenn etwa ein Grund zum Regreß neben der Correalſchuld, unabhängig von ihr, aufgefunden werden möchte, darin kein Widerſpruch gegen das Correalverhältniß, keine Gefährdung des Weſens deſſelben, erblickt werden könnte; woraus denn ferner folgt, daß die von den Vertheidigern jener Meinung zugegebenen einzelnen Fälle eines Regreſſes nicht eigentlich als wahre Ausnahmen einer ſtrengen Regel angeſehen werden dürfen (a), ſondern vielmehr als unabhängige Rechtsverhältniſſe, welche außer und neben dem Correalverhältniß liegen.

Der allgemeinſte Grund der zweiten (bejahenden) Meinung liegt in dem oben dargeſtellten Grundverhältniß von Regel und Ausnahme bei einer auf mehrere Perſonen bezüglichen Schuld (§ 16. 22). Als natürliche Regel gilt die getheilte Schuld, als willkürliche Ausnahme die ſolidariſche. Obgleich nun dieſe letzte nicht als ungerecht oder unbillig angeſehen werden kann, da ſie auf Einwilligung beruht (§ 22), ſo hat ſie doch ſtets einen nicht natürlichen Charakter, und es erſcheint daher als wünſchenswerth, die natürliche Regel der getheilten Schuld in ihren Folgen wiederherzuſtellen, ſoweit es geſchehen kann, ohne

(a) So werden ſie aufgefaßt von Schröter S. 433. 434, und Habicht S. 24.

das Wesen des Correalverhältnisses irgend zu gefährden. Gerade Dieses nun ist es, worauf die Annahme des Regresses, oder der späteren Ausgleichung, führt. Denn durch diese Ausgleichung werden zuletzt dieselben Folgen, wie bei einer stets getheilten Schuld, hervorgebracht, und es geschieht Dieses zu einer Zeit, in welcher die Correalschuld als solche ihre besondere Wirkung schon vollständig erschöpft hat. Durch den Regreß also wird nur verhütet, daß die Correalschuld im letzten Erfolg wie ein Glücksspiel wirke, welches ihrem wahren Wesen ohnehin völlig fremd ist (§ 22). — Man kann die hier aufgestellte Ansicht auch so ausdrücken: der Regreß soll verhüten, daß Einer auf Kosten des Andern ohne Grund sich bereichere, welche Regel ja auch wörtliche Anerkennung in unseren Rechtsquellen gefunden hat (b).

Indem nun hier die in der zweiten (den Regreß bejahenden) Meinung enthaltene Wahrheit anerkannt worden ist, muß zugleich diese Wahrheit auf ihr richtiges Maß beschränkt werden, welches von neueren Schriftstellern nicht selten versäumt worden ist. Die eben aufgestellten Gründe für den Regreß führen nämlich blos dahin, denselben als billig und wünschenswerth anzuerkennen. Die Zulassung des Regresses erscheint hiernach nicht eigentlich als eine praktisch gültige Rechtsregel,

(b) *L.* 206 *de R. J.* (50. 17), *L.* 2 *de j. dot.* (23. 3), *C.* 48 *de* 14 *de cond. ind.* (12. 6), *L.* 17 § *R. J. in VI.* (5. 13). — Vgl. 4 *de inst. act.* (14. 3), *L.* 6 § oben § 5. h.

ſondern vielmehr als eine geſtellte Aufgabe, die nur durch die conſequente Anwendung anderer, ſelbſtſtändiger Rechtsregeln vollſtändig und befriedigend gelöſ't werden kann.

Dieſes iſt denn auch der Total-Eindruck der in unſeren Rechtsquellen vorkommenden Aeußerungen über die Regreßfrage. Dieſe Frage wird darin nirgend grundſätzlich behandelt, wohl aber bei einzelnen Rechtsverhältniſſen erwähnt, und in den etwas verſchieden lautenden und ſchwankenden Aeußerungen der alten Juriſten iſt der ſo eben angegebene Geſichtspunkt nicht zu verkennen. Sie ſtellen es als Aufgabe, einen Rechtsgrund für den Regreß zu finden, und ſchlagen verſchiedene Wege zu dieſem Ziele ein. — Was insbeſondere die angeführte Rechtsregel betrifft, welche die Bereicherung auf fremde Koſten unterſagt (Note b), ſo wird dieſe in den angeführten Stellen als ein jure naturae aequum bezeichnet. Schon dieſer Ausdruck führt uns dahin, jene Regel als einen leitenden Grundſatz aufzufaſſen, woraus mehrere wichtige Rechtsinſtitute ihr Daſeyn und ihren beſonderen Inhalt ableiten (c), nicht als einen unmittelbar und unbedingt anzuwendenden praktiſchen Rechtsſatz, welche Auffaſſung auf die unrichtigſten Folgen führen müßte (d). Hierin haben manche neuere

(c) So z. B. iſt ein großer Theil der Condictionenlehre auf jenen leitenden Grundſatz zurück zu führen. In anderen Fällen wird daraus eine bloße naturalis obligatio hergeleitet. § 5. h.

(d) Bei jeder Schenkung bereichert ſich Einer auf Koſten eines

Schriftsteller gefehlt, indem sie die Regreßfrage unmittelbar aus jener Rechtsregel zu entscheiden versucht haben (e).

Unsere wahre Aufgabe geht aber, im Sinn des Römischen Rechts, vielmehr dahin, ein bestimmtes, an sich begründetes Klagrecht aufzufinden, wodurch der Anspruch auf Regreß zu schützen ist. — Dieses kann nur dadurch geschehen, daß wir diejenigen Rechtsinstitute, welche mit der Correalschuld von außen in Verbindung zu treten geeignet sind (§ 16), der Reihe nach in Erwägung ziehen (f). Bei jedem dieser Institute soll die Klage an die Spitze gestellt werden, die in Folge desselben etwa gebraucht werden könnte, um den Anspruch auf Regreß geltend zu machen. — Uebrigens wird sich diese vorläufige Untersuchung meist auf den Fall der passiven Correalschuld, als den wichtigsten Fall überhaupt, und zugleich den schwierigsten und bestrittensten Fall, beschränken; der Re-

Anderen; eben so bei jedem Kauf über oder unter dem wahren Werth der Sache. Um diese und viele andere Fälle gegen die Anfechtung aus jener Regel zu schützen, muß man die Regel selbst so beschränken und umbilden, daß sie ihre Natur völlig verändert. So z. B. müßte man vor Allem den Fall der Einwilligung ausnehmen, wodurch sie wenigstens auf die Correalschuld alle Anwendung verlieren würde.

(e) In größerer Ausdehnung geschieht Dieses von Sell S. 375 bis 377 (verbunden mit: Versuche B. 1 S. 116). — In geringerer Ausdehnung geschieht es von Schröter S. 421. 427, und Wangerow S. 79.

(f) Alle diese Rechtsinstitute werden schon in unsern Rechtsquellen und bei den Glossatoren mehr oder weniger berührt, wo die Regreßfrage vorkommt. — Es sind die Fälle, welche von den Neueren sehr gewöhnlich als Ausnahmen von der Regel bezeichnet werden (Note a).

greß bei der activen Correalschuld wird weiter unten genügende Berücksichtigung finden (§ 24).

I. Actio pro socio.

Wenn mehrere Personen in einem Societätsverhältniß stehen, wenn sie durch dieses zur Uebernahme einer Correalschuld veranlaßt werden, und nun Einer aus ihnen die ganze Schuld zahlt, so kann er mit der actio pro socio verlangen, daß ihm die übrigen, nach Verhältniß ihrer Antheile, die gezahlte Schuld ersetzen. Ganz Dasselbe tritt ein, wenn jene Personen, aus Veranlassung der Societät, ein activos Correalverhältniß eingehen, und nun Einer die ganze Schuld erhebt; durch jene Klage wird er gezwungen, das erhobene Geld in die Societätskasse zu bringen, oder (welches dasselbe ist) mit den übrigen zu theilen. Dieser Fall des Regresses ist ganz unbestritten, und selbst die strengsten Vertheidiger der verneinenden Meinung sehen in diesem Fall die einzige Ausnahme der von ihnen behaupteten Regel. Der Regreß ist hier deswegen unbestreitbar, weil er aus den allgemeinsten Grundsätzen von der Societät so unzweifelhaft folgt, daß wir ihn annehmen müßten, auch wenn diese einzelne Anwendung in unseren Rechtsquellen niemals erwähnt worden wäre (f[1]).

(f[1]) Der Regreß vermittelst der actio pro socio hat eine indirecte, aber unzweifelhafte, Anwendung gefunden in *L.* 62 *pr. ad*

Allein dieſer unzweifelhafte Grund des Regreſſes iſt doch zugleich ein ſehr unzureichender, indem er eben von dem ganz zufälligen Daſeyn einer Societät abhängt, deren Verbindung mit dem Correalverhältniß weder allgemein angenommen, noch auch nur, im juriſtiſchen Sinn des Wortes, vermuthet werden darf (§ 16).

Schon von anderen Schriftſtellern iſt richtig bemerkt worden, daß dieſer Fall des Regreſſes nicht ſtreng auf die Societät, d. h. auf die durch Vertrag entſtandene Rechtsgemeinſchaft beſchränkt werden darf. Wenn zwei Perſonen Miteigenthümer eines Hauſes durch Legat (alſo nicht durch Vertrag) werden, und zur Ausbeſſerung des gemeinſchaftlichen Hauſes eine Correalſchuld übernehmen, die dann der Eine allein bezahlt, ſo iſt Dieſem der Regreß durch die actio communi dividundo eben ſo geſichert, wie im Fall der eigentlichen Societät durch die actio pro socio. Dieſelbe Wirkung kann in einem ähnlichen Fall die actio familiae herciscundae haben (g).

II. Actio mandati.

Die Anwendbarkeit dieſer Klage auf den Regreß iſt ſchon von der Zeit der Gloſſatoren her vielfach beſprochen worden. Gewöhnlich wird die Sache ſo aufgefaßt, daß

L. Falc. (35. 2), und zwar ſowohl bei der activen, als bei der paſſiven Correalſchuld. Vgl. unten § 25.

(g) Schröter S. 434. Hasbicht S. 24. Vgl. unten § 34. a. b. e.

man ein Verhältniß wechſelſeitiger Bürgſchaft zwiſchen den Correalſchuldnern annimmt, unter welcher Vorausſetzung dann die Anwendung jener Klage ohnehin keinen Zweifel haben würde (§ 22. d). — Ein ſolches Verhältniß aber kann wiederum auf zweierlei verſchiedene Weiſe gedacht werden.

Erſtlich kann man an den Fall denken, da zwei Correalſchuldner, neben der Correalſchuld, auch noch ausdrücklich und förmlich für einander Bürgſchaft leiſten, ſo daß Jeder zwei verſchiedene Verträge mit dem Glaubiger abſchließt. Dieſer Fall iſt nicht nur an ſich denkbar, ſondern er wird auch ausdrücklich im Römiſchen Recht erwähnt (h). Allein eines Theils iſt dieſer Fall ſo verwickelt und ſelten, daß er ſchon deshalb von keiner Erheblichkeit ſeyn würde. Außerdem aber iſt er um ſo weniger erheblich, als da, wo der Fall wirklich vorkommt, die eigenthümliche Wirkſamkeit deſſelben ganz in der Willkür des Glaubigers ſteht. Denn wenn Dieſer den einen Schuldner auf die ganze Hauptſchuld verklagt, ſo iſt von der Bürgſchaft, und der aus dieſer entſpringenden actio mandati, gar nicht die Rede; ſie kommt nur zur Sprache, wenn es der Glaubiger gut findet, den einen Schuldner halb als Hauptſchuldner, halb als Bürgen, zu verklagen, wozu er gewiß nicht leicht geneigt ſeyn wird.

(h) Nämlich von Papinian in *L.* 11 *pr. de d. r.* (45. 2). Vgl. darüber unten § 25.

Zweitens aber kann man die Sache auch ſo auffaſſen, als ob die einfache Correalſchuld an ſich ſelbſt ſchon eine Art von wechſelſeitiger Bürgſchaft in ſich ſchlöſſe, woraus dann die actio mandati, zum Zweck des Regreſſes, hinterher abgeleitet werden könnte. Dieſe Auffaſſung nun iſt, wenn man nur den Namen der Bürgſchaft aufgiebt, und auf das Weſen der Sache ſieht, in ſofern ganz richtig, als, in Ermangelung einer Societät, die Abſicht jedes der beiden Correalſchuldner meiſt dahin gerichtet ſeyn wird, ſeinem Mitſchuldner Auftrag zum Abſchluß des gemeinſamen Vertrags zu geben, damit dieſer überhaupt zu Stande komme (§ 22 S. 223). Nimmt man Dieſes an, ſo wird hinterher die actio mandati, zum Zweck des Regreſſes, ſtets begründet ſeyn, und man würde, von dieſem Standpunkt aus, ſagen können, daß in den meiſten Fällen der Regreß begründet ſey, entweder durch die actio pro socio, oder durch die actio mandati.

Obgleich ich nun dieſe Anſicht an ſich für begründet halte, ſo muß ich doch zugeben, daß eine Anerkennung derſelben in unſeren Rechtsquellen ſich nicht findet. Den Grund davon ſuche ich zunächſt in dem Umſtand, daß eine Andere Art, den Regreß zu begründen, von welcher ſogleich die Rede ſeyn wird, als leichter und einfacher vorgezogen worden iſt, und mehr Eingang gefunden hat. Die ſo eben dargeſtellte actio mandati hat nämlich, wenn ſie auch in der Theorie zu begründen ſeyn mag, doch praktiſch den Nachtheil, daß ſie den Kläger zu einem genaueren Ein-

gehen in die individuellen Verhältniſſe und in die Abſichten der Parteien nöthigt, wodurch bei jedem Rechtsſtreit der Erfolg erſchwert und unſicherer gemacht wird. Es kommt aber ein noch wichtigerer Grund hinzu, die actio mandati nicht als die Grundlage des Regreſſes zu behandeln. Denn die hier verſuchte Begründung derſelben, ſo wahr ſie an ſich ſeyn mag, paßt doch nur auf die durch Vertrag entſtandenen Correalſchulden, nicht auf die, welche ein Teſtator unter ſeinen mehreren Erben zu begründen gut findet; daher würde ſie zwar auf die meiſten und wichtigſten Fälle, aber nicht allgemein, anwendbar ſeyn können.

III. Actio negotiorum gestorum, welche, wenn auch nicht als directa, dennoch als utilis, anwendbar ſeyn ſoll.

Die ſehr ſcheinbare Rechtfertigung dieſer Annahme liegt in folgender Erwägung. Wenn ein Correalſchuldner die ganze Schuld zahlt, ſo befreit er dadurch zugleich den Mitſchuldner für deſſen Antheil an der ganzen Schuld (§ 18), und beſorgt dadurch für dieſen ein nützliches Geſchäft. Deshalb kann er von dieſem Erſatz für ſeine Auslage durch die actio negotiorum gestorum contraria fordern, worin denn eben die Regreßklage beſteht.

Dieſe Anſicht wird einmal von einem alten Juriſten aufgeſtellt, um darauf die Regreßklage des Vormundes zu gründen, der durch Zahlung der ganzen Schuld zugleich

den Mitvormund befreit (i); außerdem kommt dieſelbe in den Rechtsquellen bei Gelegenheit unſerer Regreßfrage nicht vor. Ein Schriftſteller der neueſten Zeit hat dieſelbe mit großer Sorgfalt allgemein durchzuführen geſucht (k).

Von der anderen Seite wird dieſe Anſicht aus dem Grunde völlig verworfen, weil die Grundbedingung der negotiorum gestio in der Beſorgung fremder Geſchäfte beſtehe, der zahlende Correalſchuldner aber ſeine eigene, auf die ganze Summe gerichtete Schuld bezahle, mithin kein fremdes, ſondern lediglich ein eigenes Geſchäft beſorge (l). — Dieſer Einwurf iſt allerdings ſehr ſcheinbar, jedoch deswegen nicht völlig entſcheidend, weil die Römiſchen Juriſten auch in manchen anderen Fällen die negotiorum gestio mit einer gewiſſen Biegſamkeit behandelt haben; ſie laſſen ſie namentlich gelten und wirken auch bei ſolchen Geſchäften, die beiden Theilen gemeinſchaftlich angehören (m): ferner auch bei ſolchen Geſchäften, die nicht aus freiem Entſchluß, ſondern aus einer juriſtiſchen

(i) *L.* 30 *de neg. gestis* (3. 5). Die ſolidariſche Verpflichtung der Vormünder gehört unter die unächten Fälle der Correalſchuld (§ 20).

(k) Sell a. a. O. Er ſieht dieſe Klage als allgemeinen Grund des Regreſſes an, nur mit zwei Ausnahmen: im Fall des Dolus, und im Verhältniß zweier Mitbürgen zu einander, weil in dieſem Fall ausdrückliche Stellen des R. R. entgegen ſtehen. — Natürlich iſt er nun genöthigt, zur Begründung ſeiner Meinung, jede Stelle, die nur überhaupt eine actio utilis erwähnt, von einer actio *negotiorum gestorum* utilis zu erklären.

(l) Schröter S. 418—422.

(m) *L.* 31 § 7 *de neg. gestis* (3. 5), *L.* 6 § 2, *L.* 19 § 2 *comm. div.* (10. 3).

Nothwendigkeit, oder wenigstens aus der Voraussetzung einer solchen Nothwendigkeit, besorgt werden (n).

Indessen kann ich es unterlassen, auf die Prüfung dieser Gründe und Gegengründe genauer einzugehen, da beide streitende Theile der gemeinsame Vorwurf trifft, daß sie einen unrichtigen Standpunkt für den ganzen Streit gewählt haben. Beide, wie ich glaube, irren darin, daß sie alles Gewicht auf den einzelnen Act der Zahlung legen, die allerdings der Schuldner in eigenem Namen, folglich nicht als ein fremdes Geschäft, vornimmt. Allein die Zahlung darf hier nicht vereinzelt betrachtet werden, da sie nur die nothwendige Folge des früher eingegangenen Rechtsgeschäfts ist, und mit diesem ein unzertrennliches Ganze bildet. Sieht man nun, wie es richtig und nöthig ist, auf den Zeitpunkt jenes Rechtsgeschäfts (der übernommenen Correalschuld), welches der später zahlende Schuldner frei eingehen oder ablehnen konnte, so ist es aus der oben gegebenen Erörterung einleuchtend, daß er die Correalschuld theils im eigenen Interesse, theils in dem mit diesem eng verbundenen fremden, übernahm, und wenn wir diese Handlung betrachten, müssen wir die Einwendung völlig verwerfen, als ob dieselbe ein ausschließend eigenes Geschäft beträfe. Durch die Entkräftung dieser Einwendung scheinen also die Vertheidiger der negotiorum gestio gerechtfertigt. Allein, genauer betrachtet,

(n) *L.* 3 § 10 *de neg. gestis* (3. 5), *L.* 18 *C. eod.* (2. 19).

führt dieſe Auffaſſung nicht ſowohl auf eine negotiorum gestio, als auf ein Mandat, da jenes Geſchäft nicht (wie bei einer negotiorum gestio) einſeitig, und ohne Mitwiſſen des Andern, ſondern durch das bewußte Zuſammenwirken aller Betheiligten, zu Stande gebracht wurde, worin wenigſtens ein ſtillſchweigender Vertrag (oft auch wohl ein ausdrücklicher) enthalten iſt. — So führt alſo die Behauptung der negotiorum gestio, wenn man ſie auf ihre wahren Beſtandtheile zurück führt, vielmehr auf eine Beſtätigung der oben ausführlich dargeſtellten Anſicht von der actio mandati.

IV. Die Klage des Glaubigers gegen die Mitſchuldner, vermittelſt einer Ceſſion an den zahlenden Schuldner. Dieſe Begründung des Regreſſes, welche unter allen die allgemeinſte und wichtigſte iſt, bedarf einer genaueren Darſtellung.

Die hier angedeutete Ceſſion kommt in drei verſchiedenen Stufen in Betracht: als freiwillige Handlung des Glaubigers, beruhend auf ſeinem ganz willkürlichen Entſchluß; als erzwingbare Handlung; als fingirte Handlung.

A. Freiwillige Ceſſion.

Der gemeinſame Glaubiger hat gegen jeden Correalſchuldner eine Klage auf den vollen Betrag der Schuld (§ 18). Dieſe Klage kann er cediren, wem er will: unter andern alſo auch demjenigen Schuldner, der ihm (in oder außer dem Prozeß) Zahlung anbietet, gegen die Mit-

ſchuldner deſſelben (o). Dieſer Hergang folgt ſo ſehr aus der allgemeinen Natur der Ceſſion, daß es dafür einer beſonderen Beweisführung gar nicht bedarf. Auch iſt von unſeren Schriftſtellern die Möglichkeit und Wirkſamkeit einer ſolchen, auf die Correalſchuld angewendeten Ceſſion, niemals bezweifelt worden.

Hierin alſo liegt eine Begründung des Regreſſes, die eben ſo unzweifelhaft und unbeſtritten iſt, als die durch die Societät. Sie iſt aber auch, eben ſo, wie dieſe, nicht durchgreifend und befriedigend, weil die Anwendbarkeit beider Begründungen von zufälligen Thatſachen, von individueller Willkür, abhängt.

B. Erzwingbare Ceſſion.

Die Begründung des Regreſſes durch Ceſſion erhält einen feſteren Boden, ſobald es uns gelingt, die Ceſſion ſelbſt der bloßen Willkür des Glaubigers zu entziehen, indem wir ſie als eine nothwendige, erzwingbare Handlung anerkennen dürfen. In der That können wir die allgemeine Regel aufſtellen, daß jeder Correalſchuldner, welchem die Zahlung der ganzen Schuld, ſey es durch Klage, ſey es außergerichtlich, zugemuthet wird, dieſe ſo

(o) Soll die Ceſſion im Prozeß, alſo in Folge einer angeſtellten Klage, geſchehen, ſo mußte im älteren Recht die Vorſicht beobachtet werden, ſie vor Vollziehung der Litisconteſtation vorzunehmen, weil durch die Litisconteſtation die Mitſchuldner frei wurden. — Im Juſtinianiſchen Recht iſt davon nicht mehr die Rede (§ 19).

lange verweigern kann, bis ihm der Glaubiger die Klage gegen die Mitſchuldner cedirt. Dadurch alſo wird dieſe Ceſſion eine erzwingbare Handlung, und der Regreß vermittelſt der Ceſſion wird von der bloßen Willkür des Glaubigers auf dieſem Wege unabhängig gemacht.

Dieſer wichtige Satz ſoll hier vorläufig in ſeinem Zuſammenhang mit allgemeineren Rechtsregeln dargelegt werden; die Anerkennung deſſelben durch unſere Rechtsquellen, in der beſonderen Anwendung auf die hier vorliegende Regreßfrage, wird weiter unten (§ 24) nachgewieſen werden.

Ein ſolcher Anſpruch des Beklagten auf Ceſſion einer dem Kläger gegen dritte Perſonen zuſtehenden Klage kommt in ganz verſchiedenen Rechtsverhältniſſen vor; er iſt aber überall auf einen und denſelben juriſtiſchen Geſichtspunkt zurück zu führen. In allen Fällen ſolcher Art nämlich ſteht die Sache ſo, daß der gegenwärtige Beklagte für Das, welches er jetzt leiſten ſoll, an irgend eine dritte Perſon den Regreß zu ſuchen hat, deſſen Billigkeit unverkennbar iſt, der aber vielleicht keine ganz ſichere Begründung im ſtrengen Recht, alſo keinen unzweifelhaften Erfolg hat. Dieſe mangelnde Sicherheit zu ergänzen, ſteht in der Macht des Klägers vermittelſt der erwähnten Ceſſion, und zwar ohne irgend einen Nachtheil oder eine Gefahr für den Kläger ſelbſt. Wenn er daher die Ceſſion dennoch verweigern wollte, ſo würde Das als ein Dolus betrachtet werden, der durch die doli exceptio bekämpft werden

dürfte (p). Daher ist die doli exceptio das allgemeine Rechtsmittel, wodurch ein Beklagter die Cession der Klage erzwingt, vorausgesetzt, daß dazu ein an sich begründeter Anspruch vorhanden ist (q).

Diese doli exceptio, in der besonderen Anwendung auf den hier vorliegenden Fall, als Rechtsmittel des auf die ganze Schuld belangten Correalschuldners, den klagenden Gläubiger zur Cession seiner Klage gegen die Mitschuldner zu zwingen, findet ihre Rechtfertigung in der oben (S. 229) gegebenen Darstellung der Regreßfrage. Die Zulassung des Regresses führt im letzten Resultat auf das natürliche Verhältniß mehrerer Schuldner, das Verhältniß der getheilten Schuld. Es ist daher unsere Aufgabe, für diesen Zweck ein Mittel zu finden, wodurch auf der einen Seite der strenge und vollständige Anspruch des

(p) *L.* 1 § 1 *de doli exc.* (44. 4) „Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus *per vcctuionem juris civilis contra naturalem aequitatem* prosit.“

(q) *L.* 65 *de evict.* (21. 2) (s. u. § 24 Note h[1]). *L.* 57 *de leg.* 1. (30. un.) „... poterit fideicommissarius *per doli exceptionem* a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, *ut actiones sibi exhiberentur*, quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem Praesidis provinciae id ei praestabitur.“ — Der Dolus besteht hier, wie im Sinn der vorher (Note p) angeführten Stelle, nicht darin, daß der Kläger für sich einen unredlichen Gewinn sucht, sondern nur darin, daß er sich weigert, den billigen Anspruch des Beklagten gegen einen Dritten durch eine Handlung zu unterstützen, wobei er selbst keinen Nachtheil leidet. Es liegt darin ein Mißbrauch des strengen, buchstäblichen Rechts, mit Verweigerung der unbestreitbaren Billigkeit, die der Kläger ohne irgend ein Opfer zu fördern die Macht hat.

Glaubigers aus der Correalschuld ungefährdet bleibt, auf der anderen Seite aber die Bereicherung Eines Mitschuldners auf Kosten des anderen (im Widerspruch mit der naturalis aequitas) verhütet wird. Diese Aufgabe wird befriedigend gelöst, indem der verklagte Correalschuldner eine doli exceptio erhält, um die Cession der Klage gegen die Mitschuldner zu erzwingen. Denn durch diese Cession verliert der Glaubiger nicht das Mindeste an seinem Recht, indem er die Zahlung der ganzen Schuld sogleich von dem Beklagten erhält, und nur zugleich die Hand dazu bietet, den billigen Anspruch des Beklagten auf Ausgleichung mit dessen Mitschuldnern zu unterstützen (r).

Die hier versuchte Rechtfertigung der erzwingbaren Cession bezog sich zunächst auf das eigentliche Correalverhältniß. Sie ist aber in der That gleichmäßig anwendbar auch auf die unächten Fälle der Correalität (§ 22. b).

C. Fingirte Cession.

Um diesen, besonders wichtigen, Theil unserer Frage anschaulich zu machen, ist es nöthig, die Grundzüge der Cession überhaupt in kurzer Uebersicht aufzustellen.

(r) Der Zwang durch die doli exceptio scheint hier für das alte Recht unausführbar, weil die Exceptionen in der formula gegeben wurden, also gleichzeitig mit der Litiscontestation, wodurch die Klagen gegen die Mitschuldner untergingen (Note o). Allein der Prätor half hier ohne Zweifel in einer anderen, sehr einfachen, auch anderwärts erwähnten Form. Er verweigerte die Ertheilung der Klage so lange, bis sich der Kläger zur Cession entschloß, und diese Verweigerung wirkte ganz eben so, wie es durch Ertheilung der doli exceptio hätte geschehen können.

Die Uebertragung eines Klagrechts auf einen neuen Erwerber geſchah im alten Prozeß regelmäßig ſo; daß der urſprünglich Berechtigte den Erwerber zum Procurator für dieſen Rechtsſtreit ernannte, und zwar durch ein ſchriftliches Mandat, welches entweder vor dem Prätor, oder wenigſtens vor dem Juder, vorzuzeigen war (s). Die Uebertragung ſelbſt wurde aber vollendet durch die Litisconteſtation, indem in der Klagformel die Intentio den Namen des Cedenten enthielt, die Condemnatio den Namen des Ceſſionars (t). Der Ceſſionar alſo klagte alieno nomine, das heißt, er trat, dem Beklagten gegenüber, wie ein gewöhnlicher Procurator auf, ja der Beklagte brauchte gar nicht zu erfahren, daß die Abſicht einer Ceſſion zum Grunde liege. Zwiſchen dem Cedenten und dem Ceſſionar aber mußte die beſondere Abſicht der Uebertragung verabredet ſeyn, und in dieſer Beziehung wird der Ceſſionar als ein procurator in rem *suam* bezeichnet, der den eingeklagten Gegenſtand für ſich behalten ſollte, anſtatt daß der gewöhnliche Procurator das Eingeklagte herausgeben mußte. — Mit Rückſicht auf dieſe verſchiedenen Theile und Beziehungen des Geſchäfts wird die Ceſſion bald als ein mandatum in rem suam bezeichnet, bald durch die zur Vollendung erforderliche Litisconteſtation (u), mit welchen verſchiedenen Bezeichnungen aber ſtets daſſelbe zuſammen-

(s) Gajus Lib. 4 § 84.
(t) Gajus Lib. 4 § 86.
(u) *L.* 11 § 1 *de nov.* (46.2), *L.* 1 *C. de O. et A.* (4. 10).

gesetzte Rechtsgeschäft gemeint ist. — Dieser Hergang nun war ganz derselbe, ohne Unterschied, ob die Cession aus einem gegenwärtigen freien Entschluß hervorgehen sollte, oder ob sie durch ein früheres Geschäft nothwendig geworden war, also, im Fall der Weigerung, erzwungen werden konnte, sey es durch Klage, oder durch eine Exception.

Allein in den Fällen der nothwendigen, erzwingbaren Cession konnte die Ausführung jener umständlichen, zusammengesetzten, oft über eine längere Zeit ausgedehnten, Rechtsform mancherlei Bedenken erregen. Zunächst war sie in jedem Fall eine für alle Theile nutzlose Mühe, eine überflüssige Formalität, für den Cessionar doppelt lästig, wenn es der Gegner aus Eigensinn oder Trägheit auf den wirklichen Zwang durch Klage oder Exception ankommen ließ. Noch schlimmer aber war es, wenn, in der Zwischenzeit zwischen dem Mandat und der Litiscontestation, der Cedent ohne Erben starb, indem nun die Handlung in der oben beschriebenen Weise, mit Einrückung des Namens des Cedenten in die Klagformel, gar nicht mehr möglich war (v).

Solche Betrachtungen, ohne Zweifel hervorgerufen durch Erfahrung, mußten auf den nahe liegenden Gedanken führen, den Rechtsverkehr durch folgende Einrichtung zu erleichtern. Ueberall, wo die Cession rechtlich nothwendig

(v) *L.* 1 *C. de O. et A.* (4. 10).

geworden war, konnte man es dem dazu Berechtigten gestatten, die Klage unmittelbar, ohne jenen überflüssigen Umweg, in eigenem Namen anzustellen. Dieses geschah unter der Form einer utilis actio, mit welcher der Cessionar nicht als Procurator des Cedenten, sondern *suo* nomine, klagte, womit ausgedrückt wird, daß dabei die Intentio der Klagformel nicht den Namen des Cedenten, sondern den des Cessionars enthielt. Dabei lag zum Grunde der Gedanke, daß die ohnehin erzwingbare Cession so behandelt werden sollte, als wenn sie wirklich geschehen wäre. Dem Wesen nach also wurde, in Folge jeder rechtlichen Nothwendigkeit der Cession, eine fingirte Cession angenommen, welcher Ausdruck die Sache richtig bezeichnet, wenngleich er in unseren Rechtsquellen in dieser Anwendung nicht vorkommen mag.

Der erste Fall, in welchem diese neue, sehr bequeme Rechtsform erwähnt wird, ist der Fall einer verkauften Erbschaft. Hier hätte eigentlich jede Schuldklage des Verstorbenen dem Käufer einzeln cedirt werden müssen, und wenn der Verkäufer eigensinnig war, mußte er für jede dieser Schuldklagen durch eine actio emti zur Cession besonders gezwungen werden. Diese unnütze Mühe wurde beseitigt, indem man annahm, der Käufer der Erbschaft könne jede Forderung des Verstorbenen, auch ohne wirkliche Cession, durch eine utilis actio einklagen. Dieser wichtige

Rechtsſatz wurde durch ein Reſcript des K. Antoninus Pius anerkannt (w).

Derſelbe Rechtsſatz aber wurde dann in einer großen Reihe anderer, ähnlicher Fälle angewendet. Dieſes geſchah namentlich bei dem Verkauf einer einzelnen Schuldforderung (x); eben ſo, wenn eine Forderung legirt, oder an Zahlungsſtatt, oder als Brautgabe übertragen worden war (y). In allen dieſen Fällen hätte der Ceſſionar die wirkliche Ceſſion durch Klage erzwingen können; allein auch wenn er nicht eine Klage, ſondern nur eine Exception hatte, um die Ceſſion zu erzwingen, ſollte er dennoch denſelben Vortheil genießen, alſo, ohne wirkliche Ceſſion, suo nomine die utilis actio anſtellen können (z). Eben ſo ſollte die utilis actio als hinreichende Aushülfe dienen, wenn die Ceſſion zwar durch Mandat angefangen, aber noch nicht durch Litisconteſtation vollendet worden war (Note v).

Obgleich wir nun dieſe wichtige Regel nur in einzelnen Anwendungen (allerdings in größerer Zahl) anerkannt finden, nicht allgemein und grundſätzlich ausge-

(w) *L.* 16 *pr. de pactis* (2. 14), *L.* 5. *C. de her. vend.* (4. 39).

(x) *L.* 7. 8. 9 *C. de her. vend.* (4. 39). Der Satz iſt nicht blos auf perſönliche Klagen zu beziehen, ſondern auch auf verkaufte actiones in rem. *L.* 9 *C. cit.*

(y) *L.* 18 *C. de leg.* (6. 37). — *L.* 5. *C. quando fiscus* (4. 15). — *L.* 2 *C. de O. et A.* (4. 10).

(z) *L.* 57 *de leg.* 1. (30. un.), vgl. oben Note q.

ſprochen, ſo iſt ſie doch durch jene Anwendungen im Juſtinianiſchen Recht zu einer wirklich durchgreifenden Regel geworden, die wir nun auch auf andere, nicht erwähnte, Fälle anzuwenden haben. Es iſt damit ergangen, wie mit ſo mancher anderen Rechtsregel, die auch erſt allmälig durch Gerichtsgebrauch und durch die Theorie der Juriſten feſten Boden gewonnen hat. Es war alſo eine längere Zeit des unbeſtimmten Rechts vorhanden, worin bei manchen einzelnen Anwendungen geſchwankt und gezweifelt werden konnte, ſo daß ein ſicherer Anfangspunkt ſich nicht feſtſtellen läßt. Nur in der Juſtinianiſchen Geſetzgebung iſt ſie als feſtes, ſicheres Recht anzunehmen. Dagegen würde es unrichtig ſeyn, das oben erwähnte Reſcript des K. Pius (Note w) als geſetzliche Einführung einer allgemeinen Rechtsregel dieſes Inhalts anzuſehen.

Folgende nähere Beſtimmungen werden dazu dienen können, Mißverſtändniſſen in der Anwendung jener Regel vorzubeugen.

Die Regel bezieht ſich auf juriſtiſch nothwendige Ceſſionen, nicht auf blos beabſichtigte, bei welchen noch kein Rechtsgeſchäft vorliegt, aus welchem ſie erzwungen werden könnten.

In unſeren Quellen wird der Gegenſatz der beiden Fälle (der wirklichen und der fingirten Ceſſion) durch folgende Ausdrücke unterſchieden. Im Fall der wirklichen Ceſſion klagt der Ceſſionar mandatis actionibus, als in rem suam procurator factus; im Fall der fingirten Ceſſion

klagt er suo nomine, mit einer utilis actio. Aber auch in diesem letzten Fall klagt er *exemplo* creditoris, das heißt mit denselben Rechten und Beschränkungen, wie der Gläubiger selbst, also genau so, wie er im Fall der wirklichen Cession klagen würde, welches Letzte wegen des Ausdrucks: *suo* nomine leicht verkannt werden könnte (aa).

Eine besonders wichtige Frage ist noch die, auf welchen Zeitpunkt die fingirte Cession zu beziehen ist. Manche scheinen die Sache so aufzufassen, als ob diese Cession in Gedanken versetzt werden müßte in die Zeit, in welcher sie jetzt geltend gemacht werden soll, woraus dann gefolgert werden könnte, daß sie überhaupt wegfallen müßte, wenn sie gerade zu dieser Zeit aus irgend einem Grunde unmöglich seyn würde. Allein diese Auffassung ist ohne Grund. Vielmehr ist die fingirte Cession in Gedanken in die Zeit zu versetzen, in welcher die rechtliche Nothwendigkeit der Cession begründet wird, in welcher also die wirkliche Cession erzwungen werden konnte, welches nun der dazu Berechtigte im Vertrauen auf unsere Rechtsregel unterlassen hat. Ist sie einmal in dieser Zeit entstanden, so kann sie durch später eintretende Thatsachen nicht wieder entkräftet werden (bb).

(aa) Die hier erwähnten Ausdrücke finden sich in *L.* 5 *C. quando fiscus* (4. 15), und in *L.* 8 *C. de her. vend.* (4. 39).

(bb) Für diese Ansicht sprechen folgende Stellen: 1) der Fall der *L.* 1 *C. de O. et A.* (Note v), in welchem die unmöglich gewor-

Zum Schluß dieſer Betrachtungen über die mögliche Begründung des Regreſſes durch verſchiedenartige Klagen, muß nun noch eine allgemeine Beſchränkung des Anſpruchs auf Regreß erwähnt werden. Derjenige ſolidariſche Schuldner, deſſen Verpflichtung aus einer unredlichen Handlung, einem Dolus, hervorgeht, hat überhaupt keinen ſolchen Anſpruch.

Dieſer Satz iſt vor Allem als wahr anzuerkennen in Anwendung auf die actio pro socio. Denn jede auf unredliche Zwecke gerichtete Societät iſt an ſich nichtig und unwirkſam, kann alſo auch nicht eine actio pro socio erzeugen (cc).

Eben ſo muß aber auch jedem ſolidariſchen Schuldner, welcher durch ſeinen Dolus verpflichtet iſt, der Anſpruch auf eine erzwingbare Ceſſion, ſo wie auf die utilis actio als Surrogat der Ceſſion, verſagt werden, weil er ſich durch ſeine Unredlichkeit des ſchonenden Schutzes unwürdig gemacht hat, welcher durch dieſe Rechtsmittel in anderen Fällen gewährt wird (dd).

Nur wenn der Gläubiger dem zahlenden Schuldner aus freiem Entſchluß die Klage cedirt, kann dieſe zum

dene Litisconteſtation dennoch der utilis actio nicht ſchaden ſoll. 2) Die Schlußworte der in der Note q. angeführten *L.* 57 *de leg.* 1: „Quod quamquam *suo tempore* non fecerit, tamen id ei praestabitur.“ — Einige ſcheinbare Einwendungen aus Stellen, welche die ſolidariſche Verpflichtung der Mitvormünder betreffen, werden weiter unten erwogen werden (§ 24. f).

(cc) *L.* 57 *pro socio* (17. 2).

(dd) Die Beweiſe für dieſen Satz werden im § 24 geführt werden.

Zweck des Regreſſes ohne Rückſicht auf Dolus gebraucht werden. Denn die freiwillige Ceſſion kann der Klagberechtigte nach Willkür an Jeden vornehmen, und der zahlende Schuldner hat darauf keine Art von Recht. Das aber, welches ihm, in Folge ſeines Dolus durchaus verſagt werden muß, kann nur in den Rechten beſtehen, die Andere an ſeiner Stelle haben würden, um ſich den Weg zum Regreß zu bahnen.

§. 24.

III. Perſonen in der Obligation. B. Correalſchuld. Regreß (Fortſetzung).

Im vorhergehenden Paragraphen ſind die allgemeinen Geſichtspunkte für den Regreß aufgeſtellt worden. Nunmehr ſollen die Ausſprüche unſerer Rechtsquellen ſelbſt, nach der Reihe der einzelnen Claſſen der ſolidariſchen Obligationen angegeben werden. Dieſe Ausſprüche müſſen jene Geſichtspunkte quellenmäßig begründen, ſo wie ſie umgekehrt aus denſelben ihr rechtes Licht erhalten werden.

Der Regreß wird zu unterſuchen ſeyn für folgende Claſſen von Fällen: I. Active Correalſchulden, II. Paſſive Correalſchulden, III. Unächte Fälle. Indeſſen hängt der Erfolg dieſer quellenmäßigen Unterſuchung von der gehörigen Verbindung der einzelnen Ausſprüche ab, und die Erreichung dieſes Zweckes läßt es als räthlich erſcheinen,

die Ordnung umzukehren, und zuerst von den unächten Fällen, dann von den passiven, zuletzt von den activen Correalschulden zu sprechen. Dabei liegt zum Grunde die stillschweigende Voraussetzung, daß wir berechtigt sind, die Aussprüche der alten Juristen über die unächten Fälle, als angemessene Analogieen auch für die ächten Correalschulden zu benutzen. Diese, in neuerer Zeit von anderen Schriftstellern bestrittene, Behauptung ist schon oben zu rechtfertigen versucht worden (§ 22. b).

I. Unächte Fälle (§. 20).

A. Verpflichtung der Mitvormünder.

Es ist schon oben bemerkt worden, daß diese Verpflichtung in vielen Fällen eine solidarische Natur hat (§ 20.I). Wenn nun einer der Vormünder auf die ganze Schuld verklagt wird, und dieselbe zahlt, so fragt es sich, ob und mit welchen Klagen er einen Regreß gegen die übrigen nehmen kann. Ueber diesen Fall finden sich vollständigere Aussprüche, als über alle anderen Fälle. Besonders wichtig ist eine Stelle des Ulpian, die den größten Theil der oben (§ 23) vorläufig aufgestellten Regeln im Zusammenhang begründet, und deren Inhalt ich kurz angeben will, ehe ich den Text selbst mittheile.

1. Der auf das Ganze verklagte Vormund hat das Recht, die Cession der Klage gegen die Mitvormünder zu fordern.

2. Unterläßt er Dieses, so daß er zahlt ohne erlangte

Cession, so kann er dennoch mit einer utilis actio klagen, welches durch Constitutionen des K. Pius, ferner des damals regierenden Kaisers, so wie des Vaters desselben, bestätigt wird.

3. Wenn er aber verurtheilt wird aus einem gemeinsamen Dolus, so hat er weder Anspruch auf Cession der Klage, noch die utilis actio. Er trägt mit Recht die Strafe seines eigenen Delicts, und ist unwürdig eines Regresses, da aus einem Delict niemals die rechtlichen Folgen, wie aus einer Societät, hervorgehen können, also auch nicht irgend ein Anspruch auf Ausgleichung.

Die Stelle selbst lautet vollständig so (a):

> (§ 13) Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatae sunt actiones (b), constitutum est a D. Pio, et ab Imperatore nostro,

(a) *L.* 1 § 13. 14 *de tutelae* (27. 3). — Das Recht auf die Cession, so wie auf die utilis actio, wird für diesen Fall außerdem anerkannt in einem Rescript von Caracalla. *L.* 2 *C. de contr. tut.* (5. 58). — Die Cession allein, und zwar als Thatsache, ohne Erwähnung des Rechts auf dieselbe, kommt vor in *L.* 21 *de tutelae* (27. 3), *L.* 42 *de admin.* (26. 7).

(b) In diesen Worten ist nur die Cession als fehlende Thatsache ausgedrückt, nicht das Recht auf dieselbe erwähnt. Allein dieses geht unzweifelhaft hervor aus dem Gegensatz der in dem § 14 vorkommenden Worte: neque mandandae sunt actiones, welche augenscheinlich sagen sollen, daß im Fall des Dolus der Vormund kein Recht auf die Cession habe; im Fall des § 13 also (d. h. wo kein Dolus vorliegt) will Ulpian ein solches Recht anerkannt wissen. Auch folgt Dieses aus *L.* 2 *C. de contr. tut.* (5. 58) (Note a).

et D. patre ejus, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam (c).

(§ 14) Plane, si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones, neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit, quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus. Nec enim ulla societas maleficiorum, vel communicatio justa damni ex maleficio est (d).

Ein Zweifel entſteht hierbei noch aus folgendem Umſtand. Wenn der das Ganze zahlende Vormund hinterher die utilis actio anſtellen will, ſo könnte man glauben, eben durch ſeine Zahlung ſey alles Recht des Glaubigers (auch gegen die Mitvormünder) getilgt, und es könne daher, von nun an, ſo wenig von einer fingirten, als von einer wirklichen Ceſſion die Rede ſeyn. Daß es nun nicht ſo iſt,

(c) Aus der Zuſammenſtellung dieſer utilis actio mit den mandatae actiones iſt es unzweifelhaft, daß hier keine andere Klage gemeint ſeyn kann, als die actio *rutelae* utilis aus einer fingirten Ceſſion (§ 23. aa). — Die Berufung auf mehrere Conſtitutionen verſchiedener Kaiſer iſt wichtig, weil daraus hervorgeht, daß es ein allgemein anerkannter Rechtsſatz war, nicht etwa eine beſondere Meinung des Ulpian, die vielleicht hätte von Anderen bezweifelt ſeyn können. — Endlich iſt es bemerkenswerth, daß unter den angeführten Kaiſern auch D. Pius ſteht, derſelbe Kaiſer, aus deſſen Reſcript das älteſte Zeugniß für jene utilis actio überhaupt bekannt iſt (§ 23. 10).

(d) Dieſer Theil des ganzen Ausſpruchs iſt in ſo allgemeinen Ausdrücken abgefaßt, daß wir offenbar berechtigt ſind, ihn nicht blos auf den beſonderen Fall der Vormundſchaft, ſondern auch in allen anderen Fällen, worin von einem Regreß die Rede ſeyn kann, anzuwenden.

folgt unwiderſprechlich aus der eben mitgetheilten Stelle des Ulpian, welche gerade dem Vormund, welcher gezahlt hat („si forte ... *praestiterit*"), die utilis actio ausdrücklich zuſpricht. Die Erklärung liegt aber in der oben gemachten Bemerkung, daß die fingirte Ceſſion nicht in den gegenwärtigen Zeitpunkt (alſo nach der Zahlung), ſondern in den früheren, vor der Zahlung, verſetzt werden muß (§ 23. bb). — Wenden wir aber denſelben Zweifel auf die wirkliche Ceſſion an, ſo ſteht es damit ſo. Iſt die Ceſſion ſelbſt vor der Zahlung geſchehen, oder auch nur verabredet, ſo ſchadet die ſpätere Zahlung nicht, weil nun dieſe Handlung nicht als Tilgung der urſprünglich eingeklagten Schuld gilt, ſondern vielmehr als Zahlung des Kaufpreiſes für die cedirte actio tutelae (e). — Anders würde es ſich in dem Fall verhalten, wenn der eine Vormund gar nicht in Anſpruch genommen wäre, ſondern aus eigenem freiem Entſchluß, und ohne allen Vorbehalt, die ganze Summe gezahlt hätte, etwa nachdem ſein Mitvormund verklagt und wirklich verurtheilt worden wäre. Denn nun iſt die Zahlung lediglich auf die urſprüngliche, dadurch getilgte, Forderung zu beziehen, eine wirkliche Ceſſion dieſer Forderung iſt nun nicht mehr möglich, und auch zur Ertheilung einer utilis actio iſt hier keine Veranlaſſung vorhanden (f).

(e) *L.* 2 *C. de contr. tut.* (5. 58), *L.* 21 *de tutelae* (27. 3), *L.* 76 *de sol.* (46. 3) (von den Worten: quod si ante solutionem an).

(f) *L.* 1 *C. de contr. tut.*

Schon oben ist bemerkt worden, daß von einem der Römischen Juristen ein anderer Weg versucht worden ist, den Regreß unter den Mitvormündern zu begründen, nämlich vermittelst der actio negotiorum gestorum (§ 23. i). Daß dieser Versuch keinen Anklang gefunden hat, und daß namentlich mehrere Kaiserconstitutionen übereinstimmend den ganz anderen Weg einer utilis actio (gegründet auf eine fingirte Cession) eingeschlagen haben, ist so eben dargethan worden.

B. Solidarische Verpflichtung aus einem von Mehreren gemeinsam begangenen Delict, in sofern daraus eine einseitige Strafklage (Entschädigungsklage) entsteht (§ 20. e).

Nicht selten wird hier die Regel aufgestellt, daß für diesen Fall ein Regreß durchaus unzulässig sey. Diese Regel ist auch unbedingt wahr für die dolosen Delicte, z. B. die actio doli, indem dafür der oben mitgetheilte durchgreifende Ausspruch des Ulpian (Note a. und d) völlig anwendbar ist.

(5. 58), so wie der erste Theil der *L.* 76 *de sol.* (46. 3) (bis zu den Worten: cum nulla actio superfuerit). Diese letzte Stelle bekommt ihr volles Licht durch Vergleichung mit der ersten. — Von den Meisten wird die Stelle deswegen mißverstanden, weil in der Mitte zwischen beiden Hälften der Stelle (die überhaupt nur von außergerichtlichen Handlungen redet) der ganz andere Fall liegt, wenn der verklagte Mitvormund die Cession durch doli exceptio erzwingen konnte, Dieses aber unterläßt und unterlassen darf, im Vertrauen auf die ihm dennoch zustehende utilis actio. Indem Modestin diesen Fall nicht erwähnt, verneint er auch nicht die utilis actio.

Dagegen verhält es sich ganz anders bei den culposen Delicten. Wir haben dafür ein merkwürdiges Zeugniß in einem an sich wenig wichtigen Fall, der aber unbedenklich als maßgebend für diese ganze Classe von Klagen angesehen werden kann. Wenn aus einem bewohnten, an einer öffentlichen Straße liegenden, Gebäude Etwas heraus gegossen oder geworfen wird, wodurch ein Schade entsteht, so geht eine Entschädigungsklage gegen den Inhaber der Wohnung, als actio quasi ex delicto, weil im polizeilichen Interesse angenommen wird, dieser Inhaber hätte durch bessere Aufsicht in der Wohnung den Schaden verhüten können. Wohnen hier mehrere Familienhäupter zusammen, sey es miethweise oder unentgeltlich, so geht jene Klage gegen Jeden auf das Ganze mit solidarischer Verpflichtung (g). Hat nun Einer das Ganze gezahlt, so kann Dieser gegen die übrigen auf Ersatz eines Theiles den Regreß nehmen. Dieses geschieht mit der actio pro socio, wenn sie wegen der gemeinsamen Wohnung in einer Societät stehen, z. B. durch einen gemeinsam geschlossenen Miethvertrag; außerdem aber durch eine utilis actio (h), z. B. wenn der Eigenthümer mehreren unbemittelten Familien eine gemeinsame Wohnung eingeräumt hat, woraus unter diesen Bewohnern kein Vertragsverhältniß entstanden ist. Die hier erwähnte utilis actio ist ohne Zweifel die

(g) *L.* 1 § 10, *L.* 2, *L.* 3 *de his qui effud.* (9. 3).

(h) *L.* 4 *eod.* „praestaturi partem damni *societatis judicio*, vel *utili actione*, ei qui solvit."

oben erwähnte Klage aus einer fingirten Ceſſion, wobei alſo der, gewiß richtige, Gedanke zum Grunde liegt, daß der zuerſt Belangte auch eine wirkliche Ceſſion der Klage gegen die übrigen, hätte durch doli exceptio erzwingen können.

Dieſe Regel iſt nun auch anzuwenden auf die weit wichtigere actio legis Aquiliae. Zwar nicht nach Römiſchem Recht, in welchem dieſe Klage die Natur einer zweiſeitigen Strafklage hat, ſo daß Jeder das Ganze bezahlen muß, wie wenn es eine reine Strafe wäre, alſo ohne die übrigen Theilnehmer der Beſchädigung durch dieſe Zahlung zu befreien; wohl aber nach dem heutigen Recht, wenn man in dieſem die erwähnte Klage als eine reine Entſchädigungsklage behandelt (§ 21. d). Dann gilt für dieſe Klage das Verhältniß einer ſolidariſchen Schuld. Nun müſſen wir aber für jeden einzelnen Fall unterſcheiden, ob die Beſchädigung durch Dolus oder durch Culpa verübt worden iſt. Zwar für das Recht des Beſchädigten macht Dieſes keinen Unterſchied; aber für das Verhältniß der Beſchädiger unter ſich hat es die Folge, daß im Fall des Dolus jeder Regreß verſagt werden muß (Note d), anſtatt daß er im Fall der culpoſen Beſchädigung eben ſo zuzulaſſen iſt, wie Dieſes ſo eben bei der Klage wegen des Ausgießens aus einem bewohnten Gebäude bemerkt wurde (Note h).

II. Aechte Fälle der paſſiven Correalſchuld.

Es iſt auffallend, daß wir über den Regreß in dieſen Fällen, deren Theorie außerdem in hohem Grade ausgebildet iſt, ſo ſehr wenige Ausſprüche in unſeren Rechtsquellen finden. Ich finde nur folgende Stellen, die von einem ſolchen Regreß reden.

A. Eine derſelben betrifft das eigentliche Correalverhältniß (durch Stipulation), und ſetzt, indem ſie von dem Verhältniß mehrerer Miterben redet, die wegen der actio familiae herciscundae keiner Ceſſion der Klage bedürfen, auf die unzweideutigſte Weiſe voraus, daß jeder auf das Ganze verklagte Correalſchuldner berechtigt iſt, durch doli exceptio die Ceſſion der Klage gegen ſeine Mitſchuldner zu erzwingen (h[1]).

Einige andere Stellen beziehen ſich nicht auf die urſprüngliche Entſtehung der Correalſchuld durch Stipulation, ſondern auf Correalſchulden durch Kauf, Miethe, Darlehen.

B. Wenn eine Sache an Mehrere verkauft oder vermiethet wird unter ſolidariſcher Verpflichtung dieſer Schuldner (§ 17), ſo ſteht es in der Macht des Glaubigers, einen Einzelnen aus ihnen auf die ganze Schuld zu ver-

(h[1]) *L.* 65 *de evict.* (21. 2) „.... nec remedio locus esse videbatur, *ut per doli exceptionem actiones ei* qui pecuniam creditori dedit, *praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur* (in welchem Fall alſo jene doli exceptio gewiß gelten müßte), sed familiae herciscundae judicium eo nomine utile est.“

klagen, und zwar ohne Unterschied, ob die übrigen zahlungsfähig sind oder nicht. Dieses sagt Marcellus in einer wichtigen, schon oben angeführten Stelle (i), indem er jedoch eine Beschränkung für dieses strenge Recht des Glaubigers hinzu fügt. Er soll nämlich dieses Recht nur unter der Bedingung haben,

si actiones suas adversus ceteros praestare non recuset.

Hierin ist entschieden das Recht des Beklagten anerkannt, die Cession der Klagen gegen die übrigen zu erzwingen. Der Grund dieses Rechts, so wie der Schutz desselben durch doli exceptio, ist oben ausführlich dargestellt worden (§ 23). Da nun aber im Justinianischen Recht jede erzwingbare Cession zugleich, als fingirte Cession, durch utilis actio geltend gemacht werden kann (§ 23), so müssen wir den Anspruch auf diese utilis actio auch den erwähnten Correalschuldnern zusprechen, und es für ganz zufällig halten, daß Marcellus nicht auch diese nothwendige Consequenz, neben dem Recht auf die wirkliche Cession, ausgedrückt hat. Eine Bestätigung liegt in der oben angeführten Stelle des Ulpian über die utilis actio unter den Mitvormündern (Note a), deren analoge Anwendung auf den hier vorliegenden Fall unbedenklich ist (§ 22. b).

(i) *L.* 47 *locati* (19. 2). — In anderem Zusammenhang ist diese Stelle schon oben benutzt worden § 17. v., § 18. b. und § 22. a. Sie deutet darauf hin, daß dieses strenge Recht von Anderen mag bezweifelt oder bestritten worden seyn.

Derſelbe Satz wird in Beziehung auf den Miethcontract auch anerkannt in einem Kaiſerlichen Reſcript. Mehrere Miether hatten ſich ſolidariſch verpflichtet, Einige von ihnen wurden auf das Ganze verklagt. Das Reſcript geht nun dahin, daß ſie allerdings das Ganze zahlen müßten, zugleich aber die Ceſſion der Klagen gegen ihre Mitſchuldner (insbeſondere auch der Hypothekarklagen) erzwingen könnten (k).

C. Ein Kaiſerliches Reſcript, welches in dieſer Lehre mehr Berühmtheit, als irgend eine andere Stelle, erlangt hat (l), behandelt folgenden, das Darlehen betreffenden, Fall. Zwei Perſonen hatten gemeinſchaftlich ein Darlehen empfangen, unter ſolidariſcher Verpflichtung; Einer derſelben wurde auf das Ganze verklagt, hatte gezahlt, und fragte bei den Kaiſern an. Das Reſcript lautet dahin, der Correalglaubiger habe allerdings das Recht gehabt, Einen der Schuldner nach freier Wahl auf das Ganze zu belangen; nun aber habe der Anfragende, nachdem er gezahlt, den Regreß gegen ſeinen Mitſchuldner, und der Statthalter der Provinz werde gewiß nicht ſäumen, dieſen Anſpruch zu ſchützen (m).

(k) *L.* 13 *C. de loc.* (4. 65).

(l) *L.* 2 *C. de duob. reis* (8. 40) von Diocletian und Maximian. Es iſt die Stelle, in deren Gloſſe die Regreßfrage ausführlich behandelt wird.

(m) „Rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo *communiter* mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur."

Es ist kaum zu sagen, wie viel ganz überflüssige Subtilität bei Erklärung dieser Stelle und ihrer einzelnen Ausdrücke verschwendet worden ist. Am meisten entfernen sich von der Wahrheit Diejenigen, welche annehmen, bis dahin habe ein Anspruch auf Regreß nicht bestanden, dieses neue Gesetz aber habe einen solchen Anspruch eingeführt. Allein die Stelle ist ein Rescript über das bestehende Recht, wie es nicht blos aus der ganzen Fassung hervorgeht, sondern vorzüglich aus dem Schluß, der gar nicht eine Vorschrift enthält über Das, welches geschehen soll, sondern eine Versicherung über die zu erwartende Thätigkeit des Richters, also eine Hinweisung auf das unzweifelhaft bestehende Recht. Wüßten wir, welche Thatsachen zum Grunde lagen, so würden wir eben so wenig im Zweifel seyn, als der Verfasser des Rescripts, der die Acten vor sich gehabt haben mag. Jetzt sind wir, wie bei so vielen Rescripten, genöthigt, jene Thatsachen nach innerer Wahrscheinlichkeit, und, so viel möglich, übereinstimmend mit den Ausdrücken, zu ergänzen. Dieses Verfahren nun führt mit der größten Wahrscheinlichkeit auf die Annahme einer Societät unter beiden Schuldnern, indem auch anderwärts die Ausdrücke: communio, communis, *communiter*, in Verbindung mit der Societät gebraucht zu werden pflegen (n). Lag nun wirklich eine Societät vor, so

(n) Habicht S. 40—65, der diese Erklärung der Stelle mit großer Sorgfalt zu begründen sucht, und dafür eine große Zahl anderer Schriftsteller anführt.

konnten die Kaiſer ihr volles Vertrauen auf die actio pro socio ſetzen, um dem Anfragenden die Hülfe des Richters zum Regreß in ſichere Ausſicht zu ſtellen. Indeſſen müſſen wir den Gegnern dieſer Erklärung zugeben, daß die Annahme einer Societät keine unbedingte Gewißheit für ſich hat, indem der Ausdruck: communiter vielleicht auch in einem blos factiſchen Sinn, ohne Beziehung auf Societät, gebraucht ſeyn könnte, ſo daß die beiden Schuldner das geliehene Geld nur gleichzeitig, an demſelben Orte, alſo in dieſem Sinne communiter, empfangen, dann aber ſogleich getheilt hätten, ohne es für ein gemeinſames Geſchäft (in einer Societät) zu verwenden. Lag nun den Kaiſern ein ſolcher Fall vor, ſo müſſen ſie irgend einen anderen Rechtsgrund zum Regreß als unzweifelhaft vorausgeſetzt haben, und es verſteht ſich von ſelbſt, daß dann jede Partei in der Regreßfrage (§ 23) die Vorausſetzung des Reſcripts in ihrem Sinn auslegt und auslegen muß (o). Dagegen iſt auch an ſich Nichts einzuwenden, nur muß ſich jede Partei enthalten, das Reſcript als einen Beweis für ihre Meinung geltend zu machen; ſie muß ſich damit begnügen, daß das Reſcript ſie nicht widerlegt, indem es ſich auch aus ihr hinreichend erklären läßt.

(o) Sell S. 403—413 erklärt die Entſcheidung der Kaiſer aus der von ihm allgemein angenommenen actio negotiorum gestorum utilis. Schröter S. 427 und Wangerow S. 79 erklären ſie aus der Regel, daß ſich Niemand auf fremde Koſten bereichern ſoll (§ 22. f, § 23. e). Ich erkläre ſie aus der actio utilis wegen fingirter Ceſſion, welche gewiß zur Zeit des Diocletian als unzweifelhaft anerkannt war.

III. Fälle der activen Correalschuld.

Es bleibt jetzt nur noch übrig, die Regreßfrage auf die active Correalschuld anzuwenden, von welcher schon öfter bemerkt worden ist, daß sie seltener vorkommt, als die passive, und darum von geringerer Bedeutung ist. Die Regreßfrage bezieht sich hier auf den Fall, in welchem Einer der Glaubiger die ganze Schuld erhoben hat, die übrigen aber verlangen, daß er ihnen ihren Antheil heraus zahle.

Wenn wir erwägen, in welcher Gestalt die active Correalschuld im wirklichen Leben vorzukommen pflegt (§ 22), so müssen wir uns überzeugen, daß sich hier die Fälle einfacher und unzweifelhafter, als bei der passiven, gestalten werden.

Zunächst kann auch hier eine Societät zum Grunde liegen, und dieser Fall wird sogar wahrscheinlich der häufigste seyn. Dann ist der Regreß vermittelst der actio pro socio völlig unzweifelhaft (§ 23. f[1]).

Wo aber eine Societät fehlt, wird ein gegenseitiges Mandat noch weit unverkennbarer, als bei der passiven Correalschuld, zum Grunde liegen.

Nach dieser Annahme wird entweder die actio pro socio, oder die actio mandati, den Regreß überall herbei zu führen geeignet seyn.

Von einer erzwingbaren Cession, so wie von einer utilis actio als Folge einer fingirten Cession, so wie bei

der passiven Correalschuld (§ 23), kann hier, nach der ganzen Sachlage, gar nicht die Rede seyn.

Sehen wir zurück auf die bisher über die Regreßfrage geführte Untersuchung, so lassen sich die gewonnenen Resultate in folgenden Sätzen kurz zusammen stellen.

Wenn eine Societät vorhanden ist, so ist durch diese der Anspruch auf Regreß begründet, sowohl für das active, als das passive Correalverhältniß.

Nach Umständen kann für beide Fälle auch die actio mandati zu diesem Zwecke dienen.

Außerdem liegt für die passive Correalschuld eine sehr allgemeine Begründung in der erzwingbaren Cession, so wie in der utilis actio als Folge der fingirten Cession.

Jedes dieser verschiedenen Mittel wirkt dahin, die Correalschuld im letzten Erfolg nicht wie ein bloßes Glücksspiel erscheinen zu lassen.

Alle diese Ansprüche auf Regreß aber bleiben ausgeschlossen bei denjenigen Correalschuldnern, deren Obligation auf einen Dolus gegründet ist.

Die hier aufgestellten Grundsätze über den Regreß bedürfen aber noch einiger Ergänzungen.

Zuerſt fragt es ſich, wie die erzwingbare Ceſſion, und eben ſo die utilis actio, als Surrogat derſelben, eigentlich zu verſtehen iſt, wie weit ſie reicht. Geſetzt, von Sechs Correalſchuldnern wären Vier inſolvent, Einer der zahlungsfähigen erzwänge die Ceſſion gegen den anderen zahlungsfähigen Schuldner, worauf würde dieſe gehen? Man könnte denken, der Ceſſionar hätte nur ſein eigenes Sechstheil abzurechnen, die übrigen Fünf Sechstheile forderte er von dem anderen vermittelſt der Fünf cedirten Klagen. Dann würde der ganze Verluſt aus der Inſolvenz allein den zweiten zahlungsfähigen Schuldner treffen, blos wegen des Zufalls, daß er nicht zuerſt verklagt worden wäre. Das Widerſinnige dieſer Behandlung leuchtet ein. Alles ordnet ſich richtig, wenn man als Grundlage der billigen Ausgleichung (worauf die Ceſſion, wie die utilis actio abzweckt) die Regeln der Societät anwendet. Nach dieſen Regeln muß der Verluſt aus der Inſolvenz die Zahlungsfähigen zu gleichen Theilen treffen, ſo daß, in dem als Beiſpiel ſo eben angegebenen Fall, der zuerſt Verklagte die Ceſſion auf die Hälfte der ganzen Schuld erhalten muß. — Die Richtigkeit dieſer Annahme wird dadurch beſtätigt, daß in mehreren anderen ähnlichen Fällen die gleichmäßige Vertheilung eines ſolchen Verluſtes als richtig anerkannt wird, welches namentlich geſchieht bei dem beneficium divisionis unter mehreren Mitbürgen (p).

(p) *L.* 5 *pr. de censibus* (50. 13), *L.* 26 *de fidej.* (46. 1).

Dieſes aber iſt hier beſonders maßgebend, da in dem Verhältniß mehrerer ſolidariſch verpflichteten Mitvormünder, die zum Theil inſolvent ſind, auf die Analogie der Mitbürgen unmittelbar verwieſen wird (q).

Bisher iſt bei der ganzen Regreßfrage blos der wichtigſte und häufigſte Fall berückſichtigt worden, wenn die Schuld getilgt worden iſt durch einſeitig empfangene oder einſeitig geleiſtete baare Zahlung. Andere Fälle der Tilgung werden in Beziehung auf den Regreß meiſt weniger Schwierigkeit veranlaſſen. Wenn der Glaubiger Einen ſeiner zwei Correalſchuldner durch Acceptilation befreit, ſo werden dadurch beide frei, und von einer ſpäteren Ausgleichung unter ihnen kann nicht die Rede ſeyn (§ 18. q). Befreit er ihn dagegen durch formloſen Vertrag, ſo wirkt der Vortheil der Befreiung nur auf dieſen Schuldner allein, nicht auf den Mitſchuldner, außer wenn Dieſer mit dem Befreieten in einer Societät ſteht, in welchem Fall die actio pro socio Alles ausgleicht (§ 18. u. x).

§. 25.

III. Perſonen in der Obligation. B. Correalſchuld. Regreß (Fortſetzung).

Um die hier aufgeſtellte Lehre über den Regreß gegen Einwürfe zu ſichern, iſt es nöthig, zum Schluß noch

(q) *L.* 1 § 12 *de tutelae* (27. 3).

einige einzelne Stellen zu erklären, die in dieſelbe mehr oder weniger ſcheinbar eingreifen, und für welche im Zuſammenhang der bisher geführten Unterſuchung eine paſſende Stelle nicht aufzufinden war. Es gehören dahin folgende Stellen.

I. Eine Stelle des Papinian über die Verbindung der Correalſchuld mit einer wechſelſeitigen Bürgſchaft, welche alſo lautet (a):

> Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit. Reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), poterit eundem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero exstitit, in partes convenire; non secus, ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret.

Der Inhalt der Stelle iſt folgender. Wenn zwei Correalſchuldner zugleich wechſelſeitige Bürgſchaft für einander leiſten, ſo iſt Dieſes keinesweges für eine völlig

(a) *L.* 11 *pr. de duob. reis* (45. 2) aus Papin. lib. XI. respons. Ich habe hier den tadelloſen Florentiniſchen Text beibehalten, von welchem die Vulgata bis zur Unkenntlichkeit abweicht. Der ſchwierigſte Theil der Stelle liegt in den Worten: item *qui* fidejussor, die man in Gedanken ſo ergänzen muß: item *tamquam eum qui* fidejussor. Man könnte auch den Text ſo verändern: item *quia* fidejussor, doch iſt dieſe Aenderung nicht nöthig. — Eine gute Erklärung der Stelle giebt Cujacius in den Vorleſungen über Papinian, Opp. T. 4 p. 1311 ed. Neap.

unnütze, wirkungslose Handlung zu halten (*non inutiliter* accipi). Es hat nämlich die Folge, daß der Glaubiger, wenn er es gut findet, den Einen der Schuldner halb als Hauptschuldner, halb als Bürgen des Mitschuldners verklagen kann (welche beiden Klagen dann nicht völlig gleiche Wirkung haben müssen (b)); gerade so, wie er auch die Klage aus der Hauptschuld zwischen zwei Correalschuldnern willkürlich theilen kann (§ 18. b). Nur steht freilich jenes Verfahren ganz in der Willkür des Glaubigers, indem derselbe zu einer solchen Theilung der Klagen nicht gezwungen werden kann.

Papinian will also gar nicht sagen, daß ein Vertrag der hier beschriebenen Art sehr wichtige Folgen haben, noch weniger, daß er dem Glaubiger großen Vortheil bringen werde (c); der Sinn seiner Bemerkung ist nur der, daß jener Vertrag nicht für einen völlig leeren, wirkungs-

(b) Cujacius giebt ganz richtig zwei eigenthümliche Wirkungen der auf die Hälfte angestellten Bürgschaftsklage an. Der Beklagte kann die Compensation geltend machen mit einer Gegenforderung, die nicht ihm selbst zusteht, sondern dem Mitschuldner, welcher in Beziehung auf diese Bürgschaft Hauptschuldner ist. Ferner: wenn er aus der Bürgschaft verurtheilt wird, und Zahlung leistet, so kann er deshalb gegen seinen Hauptschuldner den Regreß mit der actio mandati verfolgen. Aus dem neuesten Recht können wir noch die Folge hinzufügen, daß die Klage durch das beneficium excussionis (Novelle 4) vorläufig ausgeschlossen werden kann. — Alle diese eigenthümlichen Folgen gereichen zum Vortheil des Beklagten, nicht des Glaubigers.

(c) Der Glaubiger hat von der Theilung gar keinen Vortheil zu erwarten (Note b); er kann aber die menschenfreundliche Absicht haben, dem Beklagten den Regreß zu sichern und zu erleichtern (Note b), während er selbst sich doch nicht der Last unterzieht, sein Recht gegen verschiedene Personen zu verfolgen.

loſen erachtet werden dürfe. — Daher iſt denn auch dieſe Stelle, an und für ſich betrachtet, nicht ſehr erheblich; ſie erhält aber eine gewiſſe Wichtigkeit durch die Verwandtſchaft ihres Inhalts mit der Novelle 99, wovon in dem § 26 die Rede ſeyn wird.

II. Wenn die Falcidiſche Quart zu berechnen iſt für eine Erbſchaft, zu welcher eine correale Forderung oder Schuld gehört, ſo fragt es ſich, ob und wie hoch dieſe Obligation in Anſatz zu bringen iſt. Hierüber erklärt ſich Ulpian in folgender Art, jedoch nicht durch einen eigenen Ausſpruch, ſondern indem er lediglich einen Ausſpruch des Julian erzählend angiebt (d).

Man muß unterſcheiden, ſagt Julian, ob die verſchiedenen correi unter einander in einer Societät ſtehen oder nicht.

Im erſten Fall iſt die Obligation in der Berechnung gerade ſo zu behandeln, wie wenn ſie nicht eine correale, ſondern eine getheilte Obligation wäre. Der vorliegenden Erbſchaft alſo iſt von der ganzen Obligation ſogleich der entſprechende Antheil gut oder zur Laſt zu ſchreiben (e).

(d) *L. 62 pr. ad L. Falc.* (35. 2). Der Text der Stelle iſt unzweifelhaft, mit Ausnahme der Florentiniſchen Worte: debere obligationem, die mit Haloander verändert werden müſſen in: debeat obligatio. Dieſes fordert die Conſtruction, auf den Sinn hat es keinen Einfluß.

(e) Der Grund liegt darin, daß es in dieſem Fall gleichgültig iſt, welcher correus die Forderung erhebt, oder die Schuld zahlt, weil hinterher eine Ausgleichung durch Regreß unausbleiblich iſt.

Auf den zweiten Fall beziehen ſich folgende Worte der Stelle:

> Quodsi societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse, in utrius bonis computari oporteat id, quod debetur, vel ex cujus bonis detrahi.

In dieſem zweiten Fall ſoll alſo jene Obligation einſtweilen, als ungewiß im Erfolg, ganz außer Anſatz, und einer künftigen Nachrechnung vorbehalten bleiben, wofür, ſo wie in anderen ungewiſſen Fällen, gegenſeitig Caution zu ſtellen iſt.

Dieſer Theil der Stelle ſoll, nach der gewöhnlichen Auffaſſung, beweiſen, daß bei den Correalſchulden ein ſpäterer Regreß ſchlechthin unzuläſſig ſey, mit der einzigen Ausnahme der Societät (f), wodurch alſo insbeſondere auch die von mir für den Regreß angenommene erzwingbare Ceſſion, eben ſo, wie die utilis actio, widerlegt ſeyn würde. Dabei wird alſo angenommen, Julian's Meinung gehe dahin, daß in allen Fällen außer der Societät der bloße Zufall der zuerſt angeſtellten Klage unabänderlich entſcheide, welcher Glaubiger die ganze Forderung bezahlt bekomme und behalte, oder welcher Schuldner durch die Zahlung der ganzen Schuld ärmer werde und bleiben müſſe.

Allein für dieſe Erklärung fehlt es durchaus an einem

(f) Habicht S. 25. Vgl. oben § 23. a.

nothwendigen Grund. Allerdings will Julian einen Gegensatz beider Fälle ausdrücken, allein dieser Gegensatz ist vielmehr in folgender Weise zu denken. Im Fall der Societät hängt die Ausgleichung nicht erst von willkürlichen Entschlüssen und Handlungen ab, sie ist vielmehr durch die Societät selbst eben so fest begründet, wie im Fall einer von Anfang an getheilten Schuld. Ganz anders, wenn (ohne Societät) die Cession vermittelst der doli exceptio, oder auch die utilis actio, einen Regreß zu begründen hat. Denn nun hängt der Regreß davon ab, daß der in Anspruch genommene Schuldner die Exception wirklich geltend mache, oder auch hinterher die utilis actio anstelle, und daß er damit vor Gericht durchdringe, welches Letzte immerhin als ungewiß betrachtet werden konnte, so lange noch die ganze Lehre von der fingirten Cession durch utilis actio in allmäliger Ausbildung begriffen war (§ 23). Auf diese ungewissen Thatsachen muß der Ausdruck: in pendenti esse bezogen werden, nicht auf eine unbedingte Verneinung des Regresses überhaupt außer dem Fall der Societät.

Eine solche Verneinung würde auch die Herbeiführung des Regresses durch erzwungene Cession ausschließen, im Widerspruch mit sicheren Zeugnissen für die Erzwingbarkeit dieser Cession (§ 24. i. k). — Wenn dagegen die hier vorliegende Stelle lediglich die utilis actio verneinte (welches jedoch, nach der eben aufgestellten Erklärung nicht der Fall ist), so ließe sich diese Verneinung etwa

noch durch den geschichtlichen Umstand erklären, daß sie einen Ausspruch des Julian enthält, während die älteste Anerkennung der fingirten Cession von Antoninus Pius herrührt (§ 23 w).

III. Wenn für dieselbe Schuld mehrere Mitbürgen (confidejussores) auftreten, und Einer derselben die ganze Schuld zahlt, so hat er gegen die übrigen Mitbürgen keinen Regreß.

Nun schließen die Gegner des Regresses so. Jene Mitbürgen sind unter einander correi. Da nun unter ihnen kein Regreß gelten soll, so ist daraus zu schließen, daß überhaupt unter den Correalschuldnern (mit Ausnahme der Societät) kein Regreß gilt (g).

Dieser Einwurf wird von den Vertheidigern des Regreßrechts für sehr erheblich angesehen. Einer derselben sucht dagegen seine allgemeine Lehre auf dem Wege zu schützen, daß er die Verneinung des Regresses unter den Mitbürgen als Ausnahme der für die Correalschuldner überhaupt geltenden Regel zugiebt, welche Ausnahme er aus einer ganz eigenthümlichen Strenge des für die Bürgschaften geltenden Rechts zu erklären versucht (h). — Diese Lösung der Schwierigkeit erscheint mir deswegen als unbefriedigend, weil ich in dem Recht der Bürgschaften gerade das Gegentheil einer besonderen Strenge wahrnehme. Die

(g) Schröter S. 424. 425.
(h) Sell bei Linde B. 4 S. 17—36.

Römer hielten die Bürgschaften in ihren verschiedenen Formen für ein so bedenkliches, gefährliches Rechtsinstitut, daß sie gegen die Gefahren desselben durch die allerwillkürlichsten Einschränkungen zu schützen suchten, so daß kaum irgend ein Rechtsinstitut zu finden ist, in welches durch so viele Volksschlüsse eingegriffen worden wäre (i). Darin finde ich das Gegentheil von besonderer Strenge gegen die Bürgen.

Um nun der Sache näher zu treten, wollen wir zuerst die Regel selbst, welche den Regreß unter den Mitbürgen versagt, festzustellen suchen.

Dieselbe ist geradezu ausgesprochen in einer Stelle der Institutionen (k), deren Gedankengang folgender ist. Wird ein Bürge auf das Ganze verklagt, so kann er nach der epistola D. Hadriani verlangen, daß zunächst die Klage getheilt, und gegen die gleichfalls zahlungsfähigen Mitbürgen für deren Antheile angestellt werde. Wenn er Dieses unterläßt, und deshalb das Ganze zahlen muß, der Hauptschuldner aber insolvent ist, dann muß er allein den Schaden tragen (hat also keinen Regreß gegen die Mitbürgen); er hat es sich aber selbst zuzuschreiben, daß er es unterlassen hat, sich durch die epistola D. Hadriani zu schützen. Hier ist also nicht blos der Regreß verneint, sondern zugleich der Grund angegeben; es sey für den

(i) Gajus Lib. 3 § 120 sq. Diese Einschränkungen sind größtentheils in das Justinianische Recht nicht übergegangen.

(k) § 4 *J. de fidejuss.* (3. 20).

Bürgen durch ein beſonderes Inſtitut geſorgt, und es ſey ſeine eigene Schuld, wenn er daſſelbe nicht benutze.

Dieſe Stelle der Inſtitutionen iſt genommen aus einer Stelle des Gajus von gleichem Inhalt, durch deren inneren Zuſammenhang die Verneinung des Regreſſes noch klarer hervortritt (l). Gajus ſagt zuerſt, unter den Sponſoren und Fidepromiſſoren habe die L. Apuleja eine gewiſſe Gemeinſchaft eingeführt (quandam societatem introduxit), ſo daß Derjenige, welcher das Ganze zahle, gegen die Mitbürgen eine Regreßklage habe. Damit aber verhalte es ſich ganz anders bei den Fidejuſſoren, unter welchen ein ſolcher Regreß nicht Statt finde.

Derſelbe Ausſpruch findet ſich in folgenden Worten des Modeſtinus (m):

> Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, *danda actio non est.*

Allerdings fügt er die Ausnahme hinzu: si . . . nec ei cessae sint actiones, die ſich eigentlich von ſelbſt verſteht. Er nimmt alſo blos die thatſächliche, durch des Glaubigers Willkür bewirkte Ceſſion aus, räumt aber auf dieſe dem Verklagten keinen rechtlichen Anſpruch ein, ſo daß alſo nach Modeſtin auch an eine utilis actio, als Surrogat der erzwingbaren Ceſſion, nicht zu denken iſt,

(l) Gajus Lib. 3 § 122. Die Stelle iſt zwar lückenhaft, ihre Uebereinſtimmung mit Juſtinian's Inſtitutionen aber, ſo wie ihr Inhalt überhaupt, wird dadurch nicht zweifelhaft.

(m) *L.* 39 *de fidejuss.* (46. 1).

die ja ohnehin durch die oben mitgetheilten Worte völlig verneint wird.

Damit ſtimmt endlich noch folgendes Reſcript des K. Alexander überein (n):

> Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, *actio ei adversus eum, qui una fidejussit, non competit.* Potuisti sane, cum fisco solveres, *desiderare, ut jus pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur;* et si hoc ita factum est, *cessis actionibus* uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est.

Auch hier iſt im Anfang der Stelle die unbedingte Verneinung der Regreßklage gegen den Mitbürgen unzweifelhaft, wodurch alſo ganz gewiß auch die utilis actio ausgeſchloſſen wird. Bedenklich ſcheint es, daß in den folgenden Worten ein Anſpruch auf Ceſſion der Klage anerkannt wird, von welchem Anſpruch man glauben könnte, daß er conſequenterweiſe auf die utilis actio führen müßte. Allein die Klage, deren erzwingbare Ceſſion hier erwähnt wird, iſt nicht die gegen den Mitbürgen, ſondern die gegen den Hauptſchuldner. Dieſes erhellt daraus, daß mit der Ceſſion der (perſönlichen) Schuldklage auch die Uebertragung der Pfänder (die Ceſſion der Hypothekarklagen) in Verbindung geſetzt wird; die Pfänder aber ſind zu denken als beſtellt von dem Hauptſchuldner, nicht von

(n) *L.* 11 *C. de fidejuss.* (8. 41).

dem Mitbürgen. Daß nun der zahlende Bürge die Ceſſion aller Klagen des Glaubigers gegen den Hauptſchuldner verlangen kann, iſt ſehr natürlich, da er gegen den Hauptſchuldner ohnehin auch ſchon unmittelbar die actio mandati hat.

Faſſen wir alle dieſe Stellen zuſammen, ſo ſtimmen ſie überein in dem Ausſpruch, daß der zahlende Bürge gegen den Mitbürgen überhaupt keine Regreßklage hat; ganz gewiß alſo auch keine utilis actio, woraus wir, nach der oben aufgeſtellten Lehre, ſchließen müſſen, daß er auch keinen Anſpruch auf Ceſſion der Klage gegen den Mitbürgen gehabt haben kann (o).

(o) Zwei Stellen könnten dieſen letzten Satz etwa zweifelhaft machen, und zu der Annahme führen, der Satz möchte unter den alten Juriſten vielleicht beſtritten geweſen ſeyn: 1) *L.* 17 *de fidej.* (36. 1) „Fidejussoribus *succurri solet*, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.“ Allein dieſe Ausdrücke deuten doch weniger auf ein beſtimmtes Recht des Bürgen (durch doli exceptio), als auf eine billige richterliche Vermittelung. Dafür gab es einen natürlichen Anknüpfungspunkt in dem beneficium divisionis des Bürgen, in Vergleichung mit welchem die Ceſſion noch vortheilhafter für den Glaubiger war. — Ueberdem iſt dieſe Stelle von Juſtian, zu deſſen Zeit eine utilis actio, als Folge der erzwingbaren Ceſſion, noch nicht anerkannt war (§ 23). 2) *L.* 36 *eod.*, an deren Schluß es von dem Glaubiger heißt: „quia *tenetur* ad id ipsum, *ut praestet actiones.*“ Allein Paulus ſagt nicht, daß dieſe Verpflichtung zur Ceſſion von den Klagen gegen die Mitbürgen zu verſtehen ſey; es können auch die Klagen gegen den Hauptſchuldner gemeint ſeyn (die perſönliche Klage und die Hypothekarklagen). — In jedem Fall ſind dieſe indirecten Zeugniſſe weniger geeignet, für das letzte Wort der Juſtinianiſchen Geſetzgebung angeſehen zu werden, als die vorher angeführten, ſehr entſchiedenen Ausſprüche (Noten k. l. m. n).

Ist nun daraus mit dem oben erwähnten Schriftsteller (Note g) zu folgern, daß auch unter den Correalschuldnern in der Regel kein Regreß zulässig sey? Keinesweges. Beide oben bezeichnete Parteien irren gleichmäßig in der Annahme, daß die Mitbürgen unter einander in dem Verhältniß von Correalschuldnern ständen, da sie doch nicht dieses Verhältniß, ja überhaupt gar kein eigentliches Rechtsverhältniß zu einander haben.

Allerdings ist jeder einzelne Bürge correus seines Hauptschuldners, und wenn er diesen durch Zahlung der Schuld befreit, so befreit er zugleich den Mitbürgen. Darin liegt aber nur eine indirecte Einwirkung auf den Mitbürgen, vermittelst des in ihrer Mitte stehenden Hauptschuldners. Die Mitbürgen selbst haben zu einander so wenig ein unmittelbares Rechtsverhältniß, daß sie vielleicht gegenseitig von ihrem Daseyn gar Nichts wissen (p).

Stehen nun also die Mitbürgen nicht als correi neben einander, so ist auch der Mangel eines Regreßrechts unter den Mitbürgen durchaus kein Grund, das Regreßrecht unter wirklichen correis zu verneinen.

(p) Nach Gajus Lib. 3 § 123 hatte ein Volksschluß von unbekanntem Namen vorgeschrieben, daß bei den Sponsoren und Fidepromissoren Jedem die Zahl und die Namen der Mitbürgen bekannt gemacht werden müßten, und zwar bei Strafe des Verlustes des ganzen Rechts. Auf die Fidejussoren gehe dieser Volksschluß nicht, doch sey auch bei diesen die Bekanntmachung üblich (nicht gerade nöthig, noch weniger durch Strafdrohung gesichert). Das Justinianische Recht sagt davon gar Nichts, für uns also ist der oben im Text ausgesprochene Satz unbedingt wahr.

§. 26.

III. Perſonen in der Obligation. B. Correalſchuld. Novelle 99.

Schriftſteller (a):

Donellus in Codicem, tit. de duob. reis Cap. 13.

Glück B. 4 S. 526. 527.

Asverus ad Novellam 99. Jenae 1822.

v. Schröter bei Linde B. 6 S. 435—446.

Burchardi Archiv B. 19 S. 49—71.

Heimbach bei Linde B. 16 S. 65—71.

Vangerow S. 80—87.

Die Novelle 99 iſt, von der Zeit der Gloſſatoren her, wie wenige andere Geſetze von Juſtinian, Anlaß des lebhafteſten Streites unter unſern Schriftſtellern geweſen, und es hat ſich dabei ein ſo reichhaltiges Material angehäuft, daß es jetzt mehr darauf ankommt, eine gedrängte Ueberſicht der gewonnenen Reſultate zu geben, als das Material noch zu vermehren (b). Der Streit der Meinungen dreht

(a) Ich habe mich hier auf die Angabe der wichtigſten Schriftſteller beſchränkt; viele andere werden genannt von Glück a. a. O., Asverus p. 7—20, Vangerow a. a. O.

(b) Das reichſte Material für die genaue Erklärung des Textes findet ſich bei Asverus, Burchardi und Heimbach a. a. O.

ſich aber weniger um die eigentliche Vorſchrift des Geſetzes ſelbſt, als um die genaue Beſtimmung des Gegenſtandes, worauf ſich dieſe Vorſchrift bezieht.

Vorzüglich wichtig iſt die Bemerkung im Eingang des Geſetzes, Juſtinian habe kürzlich ein Geſetz über die verſchiedenen Arten von Bürgen erlaſſen; dieſes bedürfe einer Ergänzung, welche hier gegeben werden ſolle. Alle ſind darüber einig, daß damit die Novelle 4 (das ſ. g. beneficium excussionis) gemeint ſey, und wir haben alſo in jener Bemerkung den wichtigen Fingerzeig, daß der Inhalt des hier vorliegenden Geſetzes mit dem früheren Geſetz in einem ſichtbaren inneren Zuſammenhang ſtehen muß (c).

In der Erklärung des Geſetzes haben ſich drei Hauptmeinungen gebildet, neben welchen noch manche einzeln ſtehende Anſichten vorkommen (d).

I. Gegenſtand des Geſetzes ſollen die Bürgen ſeyn (e). Dieſe nämlich, die bis dahin ſtets von ſelbſt ſolidariſch hafteten, nur geſchützt durch das beneficium divisionis, ſollen nach unſerm Geſetz in der Regel nur theilweiſe haften, ſo daß eine ſolidariſche Haftung (und mit ihr das

(c) Die Novelle 4 iſt von 535, die Novelle 99 von 539, beide Geſetze liegen alſo nur vier Jahre aus einander.

(d) Burchardi a. a. O., der übrigens vortreffliche Bemerkungen zur Kritik der anderen Meinungen liefert, nimmt an, die Novelle beziehe ſich auf den Fall undeutlicher, zweideutiger Verträge, wofür ſie eine Interpretativ-Beſtimmung gebe. Die Worte des Geſetzes ſind dieſer Erklärung nicht günſtig.

(e) Ueber dieſe Meinung und ihre Vertreter vgl. Asverus p. 18. 63—66.

Bedürfniß des beneficium divisionis) nur durch ausdrücklichen Vertrag herbeigeführt werden könne.

Nach dieser Meinung würde Justinian für die Fidejussoren Das eingeführt haben, was die alte L. Furia für die Sponsoren und Fidepromissoren in Italien vorgeschrieben hatte (f). Dieser Inhalt des Gesetzes wird nicht durch die Worte unterstützt, läßt auch keinen Zusammenhang mit der Novelle 4 erkennen. Daher hat diese Meinung von jeher nur äußerst wenige Anhänger gefunden.

II. Gegenstand des Gesetzes sollen alle Correalschuldner überhaupt seyn, so daß das Gesetz als eine Umbildung der Lehre von den Correalschulden angesehen wird, in der Art, daß das beneficium divisionis, welches von jeher nur für die Mitbürgen galt, nunmehr auf alle Correalschuldner ausgedehnt seyn soll (g).

Diese Meinung ist von jeher von der großen Mehrzahl aller Schriftsteller überhaupt angenommen worden, und man hat insbesondere behauptet, daß die Praxis sie anerkannt habe (h).

Die Worte des Gesetzes sprechen für diese Erklärung

(f) Gajus Lib. 3 § 121. 122.

(g) Hierin liegt denn auch der Grund, warum ich nöthig gefunden habe, von der Novelle 99 gerade an dieser Stelle zu reden.

(h) Diese Meinung wird u. a. vertheidigt von Glück a. a. O., Schröter S. 445. 446, Ribbentrop S. 116, Puchta Pandekten § 235. o, und Vorlesungen S. 235. 236. — Die Meinung selbst, und die dafür geltend gemachte Praxis, wird sehr gut widerlegt von Burchardi a. a. O.

gar nicht, ein innerer Zusammenhang mit der Novelle 4 wird dadurch nicht begründet, und ein praktisches Bedürfniß für eine so durchgreifende Umbildung des ganzen uralten Rechtsinstituts lag gewiß nicht vor. Auch pflegt Justinian da, wo er wirklich solche große Umbildungen vornehmen will, die Wichtigkeit derselben gar nicht in den Schatten zu stellen (i), anstatt daß hier der Eingang nur auf eine kleine nachhelfende Ergänzung seiner früheren Verordnung hindeutet.

III. Gegenstand des Gesetzes sind nur diejenigen Correalschuldner, welche mit ihrem Correalschuld-Vertrag noch besondere Verträge wechselseitiger Verbürgung eines Jeden für alle Uebrigen verbunden haben (k).

Um diese Meinung als die richtige zu erweisen, wird es nöthig seyn, zuerst den Inhalt des Gesetzes, und die Verknüpfung der Gedanken, kurz darzustellen.

(i) Man vergleiche z. B. die Einleitungen zu Nov. 22 und Nov. 118.

(k) Diese Meinung, die ich für die richtige halte, wird schon aufgestellt und vertheidigt von Donellus, Asverus, Heimbach a. a. O. Der letzte weicht hauptsächlich darin ab, daß er die Novelle auf den Fall des Gelddarlehens zu beschränken sucht. Indessen kann ich darin keine eigentliche Meinungsverschiedenheit anerkennen. Wenn auch die Ausdrücke zunächst auf das Darlehen deuten, so ist Dieses doch nur als Repräsentant der Correalobligationen überhaupt erwähnt, und es ist durchaus nicht anzunehmen, daß z. B. ein solidarischer Kaufvertrag im Sinn dieses Gesetzes nach anderen Regeln beurtheilt werden dürfe.

Wenn mehrere Personen für Eine Schuld als Schuldner auftreten, und sich außerdem für einander wechselseitig verbürgen, so sind in Ansehung der Hauptschuld zwei Fälle möglich.

Der erste Fall besteht darin, daß sie von einer solidarischen Haftung für die Hauptschuld Nichts sagen. Dann haften sie in der That nur theilweise (l). Der zweite Fall besteht darin, daß sie für die Hauptschuld solidarisch sich verpflichten (m). Dann soll der Glaubiger den Vortheil

(l) Dieses ist die uralte Regel des Römischen Rechts, und es ist ganz irrig, wenn Manche die Sache ansehen, als solle diese Regel hier eingeführt, oder auch nur eingeschärft werden. Der ganze Fall wird nur angeführt um des Zusammenhangs Willen, und um den folgenden Fall durch den Gegensatz mehr hervor zu heben. Allerdings kann es aber auf den ersten Blick auffallen, daß dieser Fall so kurz abgefertigt, und nicht (gleich dem zweiten Fall) in seinen weiteren Folgen erörtert wird. Dieses geschieht aber ganz richtig deswegen, weil für den ersten Fall das bestehende Recht völlig ausreichte, also eine neue Bestimmung unnöthig machte. Denn wenn nun der Glaubiger Einen Schuldner theils aus der Hauptschuld, theils aus der Bürgschaft belangte, so schützte den Beklagten gegen die letzte Klage das beneficium excussionis aus der Novelle 4.

(m) Es ist also genau derselbe Fall, wie in der oben mitgetheilten Stelle des Papinian (§ 25. a): Mehrere Correalschuldner, und daneben wechselseitige Verbürgung derselben. Bei dem fortwährenden großen Ansehen, worin sich der Name dieses Juristen stets erhielt, zweifle ich nicht, daß der Verfasser der Novelle auf diese Stelle unmittelbar Rücksicht genommen haben werde. — Ganz unrichtig fassen manche Vertheidiger der zweiten Meinung (Note h) die Sache so auf, als ob diese mit der hier vertheidigten Meinung eigentlich zusammen falle, indem ohnehin jede Correalschuld eine wechselseitige Verbürgung enthalte, und eben so auch umgekehrt. Mag auch der äußere Erfolg beider Rechtsgeschäfte großentheils derselbe seyn, an sich selbst sind sie durchaus verschieden.

aus dieſem Vertrag genießen, alſo Einen aus den Schuldnern, nach freier Auswahl, auf das Ganze verklagen können. Allein nun ſoll der Richter (n) die übrigen, an demſelben Orte anweſenden, und zugleich zahlungsfähigen, Mitſchuldner vorladen, und es ſollen alle dieſe Schuldner gemeinſchaftlich den Glaubiger befriedigen, ſo daß ſie die Antheile der Inſolventen, ſo wie die der Abweſenden, mit übertragen (o).

Dieſes neu eingeführte Verfahren hat nun folgende Wirkungen. Der Glaubiger erreicht ſeinen Zweck nach dem ſtrengſten Recht, indem er durch eine einzige Klage, und mit freier Auswahl des Beklagten, volle Befriedigung erlangt; aus welchen Kaſſen ihm dieſe Befriedigung verſchafft wird, kann ihm ganz gleichgültig ſeyn. Auf der anderen Seite erlangt der Beklagte den Vortheil, daß die Mitſchuldner an der Zahlung Theil nehmen, alſo einen ähnlichen Vortheil, wie durch das beneficium excussionis. In ſofern konnte Juſtinian ganz richtig ſagen, dieſes Geſetz ſey eine Ergänzung der Novelle 4, denn dieſe konnte nicht unmittelbar angewendet werden, weil der Beklagte nicht als Bürge, ſondern lediglich als Hauptſchuldner, in Anſpruch genommen war. Zugleich liegt in dieſem neuen

(n) Verſteht ſich wohl, wenn der Beklagte es verlangt, alſo nicht eigentlich von Amts wegen.

(o) Daß ſie gegen dieſe hinterher den Regreß haben, ſo weit derſelbe nach allgemeinen Regeln begründet iſt, verſteht ſich von ſelbſt, und brauchte nicht beſonders ausgedrückt zu werden.

Geſetz eine Fortbildung des Gedankens von Papinian, jedoch nur vermittelſt der poſitiv eingreifenden Geſetzgebung.

Man hat gegen dieſe Erklärung eingewendet, die hier vorausgeſetzten Schuldner hätten ſich doppelt verpflichtet, als Hauptſchuldner und als Bürgen, daher ſey es widerſinnig, das Recht des Glaubigers gegen ſie ſchwächer anzunehmen, als wenn ſie nur einfach die Correalſchuld, ohne Verbürgung, übernommen hätten (p). Allein es iſt ſo eben ſchon bemerkt worden, daß bei dieſem Verfahren das Recht des Glaubigers um gar Nichts geſchwächt wird. Unter den Mitſchuldnern ſelbſt aber etwas Beſonderes eintreten zu laſſen, fehlt es nicht an einem guten Grunde, indem ſie eben durch die wechſelſeitige Verbürgung zu erkennen gegeben haben, daß ſie in einer näheren, als der ſonſt gewöhnlichen, Verbindung zu einander ſtehen wollten. Für das Intereſſe des Glaubigers allein wäre die einfache Correalverpflichtung völlig ausreichend geweſen.

Eine wichtige Beſtätigung für die Richtigkeit dieſer Erklärung der Novelle liegt noch in einer uralten Autorität. Julian, deſſen Auszug aus den Novellen nur um wenige Jahre neuer iſt, als das hier vorliegende Geſetz, hat den Inhalt deſſelben genau ſo dargeſtellt, wie er hier angenommen wird (q).

(p) Vangerow S. 86.
(q) Juliani epit. Nov. Const. 92, Cap. 348.

Soll zuletzt noch ein Urtheil über dieſes Geſetz hinzu gefügt werden, ſo können wir gegen die Gerechtigkeit und Billigkeit deſſelben Nichts einwenden, indem das Recht des Glaubigers unverkümmert bleibt, unter den Mitſchuldnern aber kein anderer Erfolg eintritt, als der, welcher ohnehin durch den ſpäteren Regreß herbeigeführt werden konnte. Von praktiſcher Wichtigkeit iſt das Geſetz ganz und gar nicht, da das verwickelte Rechtsgeſchäft, welches das Geſetz vorausſetzt, nur ſehr ſelten vorkommen wird. Dagegen iſt es in der That von Wichtigkeit, daß man die oben widerlegten, abweichenden Erklärungen als unrichtig anerkenne und verwerfe.

§. 27.

III. Perſonen in der Obligation. B. Correalſchuld. Heutiges Recht.

Zum Schluß dieſer Lehre iſt noch Rechenſchaft zu geben von der Geſtalt, welche dieſes Inſtitut im heutigen gemeinen Recht, ſo wie in neueren Geſetzgebungen, angenommen hat.

Das Römiſche Grundverhältniß zwiſchen der getheilten Schuld als Regel, und der Correalſchuld als möglicher Ausnahme, iſt im heutigen Recht unverändert geblieben, und es iſt auch kein Grund vorhanden, daſſelbe zu ändern (§ 16. 22).

Von den Entstehungsgründen sind verschwunden: die Stipulation und der Literalcontract (§ 17).

Von den Wirkungen sind die meisten unverändert geblieben. Die Befreiung durch Litiscontestation ist schon im Justinianischen Recht verschwunden, die Acceptilation, und zum Theil auch die Novation, fällt für uns weg (§ 18. 19).

Die unächten Fälle der Correalität sind unverändert (§ 20. 21).

Hinzugekommen sind einige neue Fälle der Anwendung.

Dahin gehören zuerst die eigentlichen Handelsgesellschaften, worin jedoch keine neuen, dem Römischen Rechte fremden, Rechtsregeln vorkommen. Jedes Mitglied der Gesellschaft ist in der Regel zugleich Institor, und verpflichtet durch seine Handlungen die übrigen solidarisch, wobei also das Römische Recht zur Anwendung kommt (a).

Zweitens gehört dahin eine andere, völlig neue und eigenthümliche Anwendung, die durch ihre Wichtigkeit und ihr häufiges Vorkommen alle anderen Fälle der Anwendung weit überwiegt. Durch die Ausstellung eines gezogenen Wechsels erhält der jedesmalige Inhaber desselben die Rechte eines Glaubigers; ihm gegenüber stehen als Correalschuldner verschiedene Personen: der Aussteller, der Acceptant, die Indossanten, die in großer, unbegränzter Anzahl vorhanden seyn können. Wenn Einer von diesen auf die

(a) Thöl Handelsrecht § 34 fg., besonders § 38. — Vgl. oben § 21.

Wechſelſumme in Anſpruch genommen wird und bezahlt, ſo tritt er durch Uebergabe des Wechſels in die vollen Rechte des Glaubigers gegen die übrigen ein, und dieſer Erfolg kann durch viele Perſonen gleichmäßig hindurch gehen. Dieſes Rechtsverhältniß nun hat mit der Römiſchen Correalität die unzweifelhafte Aehnlichkeit, daß der Glaubiger eine von mehreren Perſonen, nach ſeiner freien Wahl, auf die ganze Schuld verklagen kann; dagegen unterſcheidet es ſich in ſehr weſentlichen Stücken von der Römiſchen Correalität. Es kommt dabei keine Ceſſion vor, an deren Stelle die Einlöſung und Uebergabe des Wechſels tritt. Die von einem einzelnen Mitſchuldner geleiſtete Zahlung hat daher auch nicht die Folge, daß das ganze Schuldverhältniß untergeht (ſo wie bei der Römiſchen Correalſchuld), ſondern ſie macht nur den Zahlenden zum wahren und einzigen Glaubiger, mit allen Rechten, die der bisherige Glaubiger gehabt hat. Unter den verſchiedenen Schuldnern beſteht keine Societät, noch ein der Societät ähnliches Verhältniß. Von einer Ausgleichung unter ihnen kann daher nicht die Rede ſeyn. — Dieſes ungemein wichtige Rechtsinſtitut hat ein ganz ſelbſtſtändiges, vereinzeltes Daſeyn. So unrichtig es wäre, die Regeln der Römiſchen Correalität auf daſſelbe anzuwenden, eben ſo unrichtig würde es ſeyn, nach den für daſſelbe geltenden Regeln, in dem wahren Correalverhältniß, ſo wie dieſes oben dargeſtellt worden iſt, irgend eine Umbildung verſuchen zu wollen, etwa

indem man das Wechſelverhältniß als ein allgemeines Bild der heutigen Auffaſſung des Correalverhältniſſes betrachten wollte.

Es iſt zuletzt noch anzugeben, wie in den wichtigſten neueren Geſetzgebungen die Lehre von den Correalverhältniſſen ſich geſtaltet hat.

Die Preußiſche Geſetzgebung hat in einigen Hauptpunkten andere Wege eingeſchlagen, als das gemeine Recht, zum Theil ohne die beſtimmte Abſicht, eine Aenderung vorzunehmen.

Für das Verhältniß mehrerer neben einander ſtehenden Glaubiger giebt das Landrecht folgende Beſtimmung. Das Recht gegen den Schuldner ſoll nur von allen Glaubigern gemeinſchaftlich ausgeübt werden, nach Art eines gemeinſchaftlichen Eigenthums; daher ſoll kein einzelner Glaubiger durch ſeine Handlungen oder Entſagungen das Recht der übrigen ſchmälern können (b). Dieſe Vorſchrift iſt völlig verſchieden, ſowohl von der Regel, als von der Ausnahme, die das Römiſche Recht anerkennt, indem der Einzelne weder einen Theil der Forderung geltend machen kann (welches die Regel im Römiſchen Recht ausmacht), noch die ganze Forderung vertreten (nach dem exceptionellen Correalverhältniß des Römiſchen Rechts). — In der An-

(b) A. L. R., Th. 1 Tit. 5 § 450—453.

wendung führt dieſe Vorſchrift zu großen Schwierigkeiten, auch enthält die Gerichtsordnung eine damit nicht übereinſtimmende Vorſchrift, ſo daß der Gerichtsgebrauch die Regel des Landrechts, wenigſtens in einzelnen Anwendungen, nicht feſtgehalten hat (c). — Allein auch von dem Standpunkt des Landrechts die Sache anſehend, dürfen wir unzweifelhaft behaupten, daß es den Parteien freiſteht, durch Vertrag ein anderes Verhältniß feſtzuſetzen, und zwar nicht nur eine getheilte Forderung der mehreren Gläubiger, welches am wenigſten Zweifel haben kann, ſondern auch das wahre Correalverhältniß, ſo wie es im Römiſchen Recht als ganz ausgebildete, durch den Willen der Parteien zu veranlaſſende, Ausnahme anerkannt iſt.

Ueber das Verhältniß mehrerer Schuldner (welches ohnehin häufiger und daher wichtiger iſt) ſchließt ſich das Landrecht näher an die Begriffe des Römiſchen Rechts an, jedoch indem es die Vorſchriften jenes Rechts völlig umkehrt. In der Regel nämlich ſoll hier ein Correalverhältniß angenommen werden, als beſonders zu beſtimmende Ausnahme eine unter mehreren Schuldnern getheilte Schuld (d). Dieſe neue Beſtimmung beruht nicht etwa darauf, daß die Verfaſſer des Landrechts aus praktiſchen Gründen eine Aenderung des gemeinen Rechts räthlich gefunden hätten,

(c) Koch Forderungen § 64, Lehrbuch § 515. 517.

(d) A. L. R., Th. 1 Tit. 5 § 424. 425.

ſondern vielmehr auf einem Mißverſtändniß über den wahren Inhalt des Römiſchen Rechts (e).

Außerdem ſind noch folgende untergeordnete Beſtimmungen des Landrechts zu erwähnen. Wenn Einer von mehreren Correalſchuldnern das Ganze gezahlt hat, ſo ſoll er in der Regel gegen die Mitſchuldner einen Regreß zu gleichen Theilen haben (f). Allein an einem anderen Orte findet ſich die Beſtimmung, daß das Recht des Glaubigers ganz auf ihn übergehe (g). Da nun dieſes Recht ein ſolidariſches Recht iſt, ſo könnte man Das ſo auffaſſen, daß er nun den nächſten Mitſchuldner auf das Ganze (etwa mit Abzug ſeines eigenen Antheils) belangen könnte, und dieſe Behauptung iſt auch in der That verſucht worden (h). — Daraus könnte der bedenkliche Satz gefolgert werden, daß, im Fall der Inſolvenz einiger Mitſchuldner, der zuerſt zahlende Schuldner die Gefahr dieſer Inſolvenz von ſich ab und auf irgend einen zahlungsfähigen Mitſchuldner wälzen könnte, ganz gegen die Grundſätze, welche oben für das gemeine Recht aufgeſtellt worden ſind (§ 24. p. q). Allein gerade für dieſe wichtigſte und bedenk-

(e) Aus den in den Acten enthaltenen Aeußerungen von Suarez iſt es klar, daß er glaubte, das ältere, reine Römiſche Recht wieder herzuſtellen, im Gegenſatz gegen die willkürlichen neuen Beſtimmungen der Novelle 99 (ſo wie er dieſe, mit vielen Anderen, auffaßte). Koch Forderungen § 61, wo die entſcheidende Stelle abgedruckt iſt. Vgl. oben § 26. l.

(f) A. L. R., Th. 1 Tit. 5 § 443—445.

(g) A. L. R., Th. 1 Tit. 16 § 492—494.

(h) Koch Forderungen § 66 S. 33, wo jene Behauptung mit guten Gründen widerlegt wird.

lichste Folge hat auch das Landrecht das Gegentheil ausgesprochen, und ausdrücklich bestimmt, daß der Nachtheil einer solchen Insolvenz von allen zahlungsfähigen Schuldnern zu gleichen Theilen getragen werden soll (i).

Für den Fall einer aus gemeinsam zugefügten Rechtsverletzungen entspringenden Schuld mehrerer Personen (unächte Correalität) finden sich im Landrecht ähnliche Regeln, wie im Römischen Recht, jedoch mit folgenden Modificationen. Die Theilnehmer an der zugefügten Verletzung werden Correalschuldner, aber Derjenige, welcher das Ganze zahlen muß, hat den Regreß an die übrigen. Nur im Fall einer vorsätzlichen Beschädigung soll dieser Regreß wegfallen; dagegen soll der Theil des Ersatzes, welchen der nicht in Anspruch genommene Mitschuldner zu zahlen gehabt hätte, von Diesem an die Armenkasse des Orts entrichtet werden (k).

Das Französische Gesetzbuch stimmt im Ganzen mit dem Römischen Recht überein, von welchem es nur in Nebenpunkten abweicht.

Das Correalverhältniß ist auch hier in der Regel nicht anzunehmen, sondern nur durch ausdrückliche Ueber-

(i) A. L. R., Th. 1 Tit. 5 § 447.

(k) A. L. R., Th. 1 Tit. 6 § 29—35.

einkunft zu begründen, ſowohl für mehrere Glaubiger, als für mehrere Schuldner (l).

Die Wirkungen ſind im Ganzen dieſelben, wie die des Römiſchen Rechts, nur etwa mit folgenden Abweichungen.

Wenn Ein Mitglaubiger dem gemeinſamen Schuldner die Schuld erläßt, ſo wirkt dieſer Erlaß für den Antheil des Erlaſſenden; der übrige Theil der Schuld dauert für die übrigen als ſolidariſche Forderung fort. Dieſelbe Wirkung tritt ein, wenn Ein Glaubiger dem Schuldner den Eid zuſchiebt, und Dieſer ihn leiſtet (m).

Wenn zwiſchen Einem von mehreren Correalſchuldnern und dem Glaubiger eine Confuſion eintritt, ſo iſt dadurch die Schuld für den Antheil dieſes Schuldners getilgt (n). — Der Erlaß der Schuld an Einen der Schuldner tilgt die Schuld für Alle; nur wenn der Glaubiger den Anſpruch gegen die Uebrigen ausdrücklich vorbehält, wirkt der Erlaß blos für den Antheil des Schuldners, dem der Erlaß gewährt wird (o).

(l) Code civil art. 1197. 1202. — Ausnahmen kommen vor bei dem Commodat derſelben Sache an mehrere Perſonen (art. 1887), ferner im Eherecht und im Handelsrecht, worin ohnehin andere Grundſätze gelten, als die des Römiſchen Rechts.

(m) Code civil art. 1198. 1365.

(n) Code civil art. 1209.

(o) Code civil art. 1284. 1285. Der Erlaß wird alſo in der Regel behandelt wie die Römiſche Acceptilation, nicht wie das Römiſche pactum, welches doch gewiß dem heutigen Recht näher ſteht, als jene. — Die hinzugefügte Ausnahme iſt dem Römiſchen Recht ganz fremd.

Das Oesterreichische Gesetzbuch schließt sich noch unbedingter, als das Französische, an das Römische Recht an.

Auch hier tritt die Correalität nach beiden Seiten in der Regel nicht ein, sie muß vielmehr ausdrücklich verabredet werden, wenn sie gelten soll. Die Wirkungen sind dann dieselben, wie im Römischen Recht (p).

Auch in Ansehung der später eintretenden Ausgleichung (§ 23. 24) sind hier Regeln aufgestellt, welche mit dem richtig verstandenen Römischen Recht ganz übereinstimmen. Wenn Einer von mehreren Schuldnern das Ganze gezahlt hat, so kann er von jedem Mitschuldner einen Ersatz für dessen Antheil, und zwar in der Regel zu gleichen Theilen, fordern. Den Nachtheil der Insolvenz eines Mitschuldners haben die übrigen zu gleichen Theilen zu tragen. — Hat Ein Mitglaubiger das Ganze von dem gemeinsamen Schuldner empfangen, so ist er den übrigen zu einer Ausgleichung durch das Correalverhältniß an sich nicht verpflichtet; diese Verpflichtung kann also nur durch andere, daneben bestehende, Rechtsverhältnisse begründet werden (q).

(p) Oesterreichisches Gesetzbuch § 891—894.

(q) Oesterreichisches Gesetzbuch § 895. 896.

§. 28.

IV. Gegenstand der Obligation. Positive, negative Leistungen. Vorübergehende, dauernde.

Unter den Vier Stücken, welche oben als Aufgaben des ersten Kapitels bezeichnet wurden (§ 1. 2), wodurch also die allgemeine Natur der Obligationen dargestellt werden sollte, ist jetzt noch das vierte zu betrachten übrig: der Gegenstand der Obligation, welchen man auch als Inhalt derselben bezeichnen kann.

Dieser Gegenstand besteht in einzelnen Handlungen einer Person, die aus der Freiheit derselben ausscheiden, indem sie einem fremden Willen unterworfen werden: also in den Leistungen des Schuldners (§ 2).

Bei diesen Leistungen nun, als dem Gegenstand der Obligation, sind es drei Stücke, die einer genauen Untersuchung bedürfen.

A. Die Natur der Leistung selbst, worin folgende Reihe möglicher Gegensätze zu erwägen ist:

1. Positive, negative Leistungen.
2. Vorübergehende, dauernde.
3. Theilbare, untheilbare.
4. Mögliche, unmögliche.
5. Bestimmte, unbestimmte.

B. Der Ort der Leiſtung.

C. Die Zeit der Leiſtung.

---

1. Der erſte Gegenſatz in der Natur oder der Beſchaffenheit der Leiſtungen wurde ſo bezeichnet, daß ſie entweder *poſitive* oder *negative* ſeyn können, oder, was Daſſelbe ſagt, daß ſie in einem *Thun* oder *Unterlaſſen* beſtehen.

Unter dieſen beiden Claſſen iſt die erſte ſo ſehr die wichtigſte und häufigſte, daß dagegen die zweite als ein ſeltener und untergeordneter Fall erſcheint. In unſeren Rechtsquellen finden ſich folgende Anwendungen dieſer zweiten Claſſe, wodurch der Begriff ſelbſt anſchaulicher werden wird. Es kann Jemand verſprechen, daß er (und ſeine Erben) den Andern nicht hindern wolle, eine Sache zu beſitzen, oder auch über des Verſprechenden Grundſtück zu gehen und zu fahren (a). Darin liegt nicht blos die Enthaltung von thätlichen Störungen eines unzweifelhaften Rechts, ſondern auch die Unterlaſſung rechtlicher Anſprüche, ſo daß eine ſolche Obligation manche ähnliche (nur ſchwächere) Folgen haben wird, wie die Uebertragung des Eigenthums, oder die Errichtung einer Servitut, ſo daß ſie in dieſem letzten Fall mit Vortheil da angewendet

(a) *L.* 75 § 5, *L.* 83 *pr.*, *L.* 85 § 3 *de V. O.* (45. 1). Eben ſo: dolum abesse, oder amplius non agi *L.* 4 *pr.* § 1 *eod.*

werden kann, wo ein juristisches Hinderniß der Errichtung einer wahren Servitut im Wege steht. — Ein anderer Fall bezieht sich auf die Fischerei an der Seeküste. Zu diesem Fischfang ist eigentlich jeder Mensch berechtigt, insbesondere also auch Jeder, der als Eigenthümer von Küstenland die Gelegenheit hat, nach Gutdünken die See zu erreichen und zu benutzen. Wenn nun ein solcher Eigenthümer zum Vortheil seines Nachbars die Verpflichtung übernimmt, sich des Fischfangs zu enthalten, damit der Nachbar, durch Beseitigung dieser Concurrenz, mehr Fische fangen könne, so entsteht aus diesem Vertrag für den Versprechenden und dessen Erben eine auf bloße Unterlassung gerichtete Obligation (b). — Ein ähnliches Verhältniß tritt ein, wenn ein Gewerbtreibender, der die Concurrenz eines Andern an demselben Orte fürchtet, von diesem das Versprechen empfängt, das Gewerbe hier niemals treiben zu wollen.

Die positive Leistung, als Gegenstand einer Obligation, kommt in zwei Richtungen vor, als Geben oder Thun im engeren Sinne.

(b) *L.* 13 *pr. comm. praed.* (8. 4). In dieser lehrreichen Stelle wird bemerkt, als Obligation sey diese übernommene Verpflichtung wohl möglich, als Servitut, die jeden künftigen fremden Eigenthümer binden würde, sey sie nicht möglich, weil das dadurch beschränkte Recht auf den Fischfang kein Ausfluß des Grundeigenthums sey, sondern ein gemeinsames Recht aller Menschen auf das Meer als res communis. § 1. *J. de rer. div.* (2. 1). — Unter die negativen Obligationen gehören auch die deutschen Bannrechte, deren in anderer Beziehung eigenthümliche Natur schon oben erwähnt worden ist (§ 15).

Unter dem Geben verstehen wir diejenigen Leistungen, welche auf eine Veränderung in dem Gebiete des Sachenrechts abzwecken, indem dadurch dem Gläubiger Eigenthum, oder irgend ein anderes dingliches Recht, oder auch nur der vorübergehende Gebrauch einer Sache, die bloße Ausübung eines dinglichen Rechts, verschafft werden soll. Der Ausdruck wird also bald in einem weiteren, bald in einem engeren Sinne gebraucht. Selbst auf solche Handlungen wird er bezogen, die nicht mit dem Sachenrecht in Verbindung stehen, sondern nur überhaupt das Vermögen des Andern erweitern sollen, indem sie ihm eine Schuldforderung (etwa durch Cession) verschaffen, oder auch die Befreiung von einer Schuld, die ja gleichfalls als Erweiterung des Vermögens anzusehen ist.

Das Thun umfaßt hiernach alle Handlungen, die, nach der eben gegebenen Erklärung, nicht unter das Geben fallen. Die wichtigsten unter diesen Handlungen sind die, welche mit dem gemeinsamen Namen der Arbeit bezeichnet werden, deren Wesen in der Anstrengung von (geistigen oder körperlichen) Kräften besteht. Und auch die Arbeit, als Gegenstand der Obligation, zweckt wieder meist auf den Erwerb oder die Verarbeitung von Sachen ab (c), während allerdings auch Arbeit vorkommt, die eine mehr persönliche Natur hat, wie das Geschäft der Dienstboten.

(c) Ein besonders wichtiger Fall ist der, da die Arbeit darauf gerichtet ist, eine bestimmte Sache hervor zu bringen (opus facere), z. B. ein Haus oder ein anderes Bauwerk anzufertigen. Ueber die besondere Natur dieser Leistungen vgl. unten § 32.

— Sehr vieles Thun aber, das den Gegenſtand von Obligationen bildet, kann durchaus nicht als Arbeit angeſehen werden; dahin gehören insbeſondere die mannichfaltigen und wichtigen Handlungen, wodurch Rechtsgeſchäfte vorgenommen werden, und die ſelbſt wieder Gegenſtände von Obligationen ſeyn können. Wenn z. B. Einer verſpricht, für einen Anderen Bürgſchaft zu leiſten, ſo beſteht das Weſen der verſprochenen Handlung nicht in der unbedeutenden Kraftäußerung, die zur (mündlichen oder ſchriftlichen) Uebernahme der Bürgſchaft gehört, ſondern vielmehr in dem einzugehenden Rechtsgeſchäft, welches auf der einen Seite mit Gefahr, auf der anderen Seite mit dem Vortheil des verſchafften Credits, verbunden iſt.

Zu erwähnen iſt dabei der Zuſammenhang der hier aufgeſtellten Begriffe mit den Römiſchen Kunſtausdrücken. Im Allgemeinen entſpricht dem Geben und Thun das Römiſche dare und facere (d). — Dare insbeſondere heißt oft ausſchließend das unmittelbare Verſchaffen, des Eigenthums oder einer Servitut nach ſtrengem Civilrecht (ex jure quiritium); in dieſer Bedeutung wurde der Ausdruck gebraucht in den Stipulationen und in den Klagformeln, anſtatt daß außerdem dieſem Ausdruck dieſelbe umfaſſende

(d) *L.* 2 *pr. de V. O.* (45. 1) „Stipulationum autem quaedam in *dando*, quaedam in *faciendo* consistunt.“ Es verſteht ſich von ſelbſt, daß die Leiſtung auch aus beiden Stücken gemiſcht ſeyn kann. *L.* 82 *de cond.* (35. 1), *L.* 13 *C. de contr. stip.* (8. 38). — Derſelbe Gegenſatz wird auch ſo ausgedrückt: „Non solum *res* in stipulatum deduci possunt, sed etiam *facta*.“ § 7 *J. de verb. obl.* (3. 15).

Bedeutung gegeben wurde, wie ſie ſo eben von dem Deutſchen Ausdruck: Geben erklärt worden iſt (e).

Die Zuſammenſtellung von dare und facere kommt außerordentlich häufig vor in den alten Klagformeln, und zwar ſowohl in den ſtrengen Klagen (den Condictionen), als in den freien, jedoch nur bei Civilklagen, nicht bei prätoriſchen. Hier wird zuweilen daneben noch ein Drittes erwähnt, das praestare, ſo daß es dann vollſtändig heißt: dare, facere, praestare, nicht als ob dieſe drei Stücke jemals in einer einzelnen Klagformel neben einander geſtanden hätten, welches nicht der Fall war, ſondern ſo, daß in dieſer allgemeinen Aufzählung das praestare auf die alten Delictsklagen hindeutet, in deren Formeln das dare facere nicht vorkam (f). Einmal kommt dieſe Zuſammenſtellung auch bei einer Erklärung der Obligationen vor (g), welches

(e) Savigny Syſtem B. 5. Beilage XIV. Num. V. Note i. Göſchen Grundriß zu Pandecten-Vorleſungen § 383. Beweiſe für die ſtrenge Bedeutung von dare: Gajus IV § 4, *L.* 75 § 10 *de V. O.* (45. 1), *L.* 167 *pr. de R. J.* (50. 17); für die freie Bedeutung: *L.* 3 *pr. de usufr.* (7. 1). — Eben ſo hat alſo auch das dem dare entgegengeſetzte facere bald eine weitere, bald eine engere Bedeutung.

(f) Savigny Syſtem B. 5. Beilage XIV. Num. XXV—XXIX. Puchta Vorleſungen § 219.

(g) *L.* 3 *pr. de O. et A.* (44. 7) „Obligationum substantia . . in eo consistit . . ut alium nobis obstringat ad *dandum* aliquid, vel *faciendum*, vel *praestandum*.“ Vgl. Savigny a. a. O., S 602. — Unrichtig beziehen Manche das praestandum auf die aus dare und facere gemiſchten Leiſtungen (Note d); in dieſen liegt ja keine beſondere, den beiden anderen entgegengeſetzte, Claſſe.

jedoch nur aus den auf die Klagformeln bezüglichen Stellen herüber genommen iſt, und wobei man ſich vor der Annahme zu hüten hat, als ſollten damit in der That drei verſchiedene Claſſen von Leiſtungen ausgedrückt werden.

Es muß aber auch vor der nicht ſeltenen Auffaſſung gewarnt werden, nach welcher die Ausdrücke dare und facere einen ſcharfen, feſt beſtimmten Gegenſatz bilden ſollen, ſo daß an jeden dieſer beiden Begriffe eigenthümliche, von einander verſchiedene, Rechtsregeln geknüpft werden könnten. Dieſes iſt mit der ſo eben erwähnten Biegſamkeit jener beiden Ausdrücke unvereinbar. Auch ſpricht gegen jene Auffaſſung der Umſtand, daß in den Römiſchen Klagformeln zwar das bloße dare oportet vorkommt, mit der beſtimmten Beziehung auf Römiſches Eigenthum und Servituten, dagegen niemals ein bloßes facere, ſondern ſtets dare facere oportet, indem in allen übrigen Fällen das dare mit dem facere vermiſcht erſcheint, und einer weiteren Unterſcheidung weder empfänglich noch bedürftig iſt. — Selbſt wenn man von der bereits erwähnten Biegſamkeit jener beiden Ausdrücke abſieht, und dare in ſeiner ſtrengſten Bedeutung auffaßt, ſo iſt doch unter dem entgegengeſetzten facere ſo Vieles und Ungleichartiges enthalten, daß ſich an dieſen vagen, blos negativen, Begriff unmöglich irgend eine erhebliche Rechtsregel anknüpfen läßt (h).

(h) Facere bezeichnet jede Thätigkeit überhaupt, die als Leiſtung gedacht werden kann, wohin alſo unter andern auch das

2. Ein zweiter Gegenſatz in der Natur der Leiſtungen beſteht darin, daß ſie entweder vorübergehende oder dauernde ſind.

Unter den vorübergehenden Leiſtungen ſind hier ſolche zu verſtehen, die nur ein augenblickliches Daſeyn haben, oder die als keinen Zeitraum erfüllend gedacht werden, indem die auch für ſie allerdings erforderliche geringe Zeit nicht in Betracht kommt, und als gleichgültig erſcheint. Zu dieſen, im Verkehr beſonders wichtigen und häufigen, Handlungen gehört die Uebergabe von Geld (Zahlung) und anderen Sachen.

Das Eigenthümliche dieſer Claſſe von Obligationen beſteht darin, daß ihre Erfüllung ſtets zuſammen fällt mit der Auflöſung oder Vernichtung der Obligation.

Die dauernden Leiſtungen verbreiten ſich ſtets über einen ganzen Zeitraum, ſo daß dieſe Zeiterfüllung zu ihrem Weſen gehört.

Der erwähnte Zeitraum kann ferner begränzt oder unbegränzt ſeyn. Jene können begränzt werden durch ein voraus

dare gehört, d. h. das unmittelbare Verſchaffen des Eigenthums oder einer Servitut ex jure quiritium. *L.* 218 *de V. S.* (50. 16. Papin.) „Verbum *facere* omnem omnino faciendi causam complectitur, *dandi*, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi“ (alſo juriſtiſche und nichtjuriſtiſche Thätigkeiten). Wenn nun in vielen Fällen, beſonders in den Klagformeln, dare facere als verſchieden und entgegengeſetzt zuſammengeſtellt wird, ſo iſt der unverkennbare Sinn dieſer: „dare, oder irgend eine andere Art von Thätigkeit.“ In dieſem völlig negativen facere kann man doch unmöglich einen beſtimmten Rechtsbegriff, als mögliches Subſtrat einer Rechtsregel, erkennen.

bestimmtes Zeitmaß (Monat, Jahr u. s. w.), oder aber durch ein zufälliges, willkürliches Ereigniß (z. B. Kündigung). Im ersten Fall ist die Dauer und das Ende gewiß, im zweiten Fall ungewiß.

Ist der Zeitraum unbegränzt, so ist die Obligation immerwährend, oder von ewiger Dauer. Dahin gehören oft die oben erklärten negativen Obligationen, die jedoch meist in der Natur der Verhältnisse selbst ein nicht sehr entferntes Ende finden werden. Ferner können dahin gerechnet werden die dem deutschen Recht angehörenden Reallasten und Bannrechte (§ 15).

§. 29.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen.

Wichtigste Stellen aus den Rechtsquellen:

L. 2. 3. 4. 72. 85 *de V. O.* (45. 1).

Schriftsteller:

Sc. Gentilis de dividuis et individuis obligationibus, Opp. T. 1 p. 89—174.

Rubo Erklärung von L. 2. 3. 4. 85 de V. O. Berlin 1822. 8.

Ribbentrop (1831) § 21—24.

Scheurl Comm. ad L. 2. 3. 4. 72. 85 de V. O. Erlangae 1835.

Vangerow S. 7—17 und § 340. Anm. 2. b.

---

3. Ein dritter Gegensatz in der Natur der Leistungen besteht darin, daß sie entweder *theilbar* oder *untheilbar* sind, welche Bezeichnung eben so auch auf die Obligation selbst bezogen zu werden pflegt. Dieser Gegensatz bedarf einer ausführlichen Herleitung und Begründung.

Das Verhältniß des Ganzen zu seinen Theilen kommt in sehr verschiedenen juristischen Beziehungen vor, und nimmt in denselben mannichfaltige Gestalten an. Die Vermischung jener Beziehungen, so wie der oft schwankende Sprachgebrauch, hat unter unsern Schriftstellern mancherlei Verwirrungen hervorgebracht.

Zwar ist an der gegenwärtigen Stelle eigentlich nur die Anwendung jenes Verhältnisses auf die Obligationen darzustellen. Diese Anwendung aber kann nur dadurch klar gemacht werden, daß das Verhältniß in seiner Gesammtheit zur Anschauung gebracht wird.

Indem wir nun von irgend einer Einheit, als Grundlage unsers Verfahrens, ausgehen, können wir dieselbe zunächst als Ganzes auffassen, welches wir, herabsteigend, in

seine Theile zerlegen; wir können aber auch jene Einheit selbst wieder als Theil auffassen, welchen wir, aufsteigend, mit anderen Einheiten verbinden, um daraus ein neues, größeres Ganzes zu bilden.

Beide Verwandlungen ferner können wir anwenden bald auf Sachen, bald auf Rechte.

Indem wir davon sprechen, daß Sachen in Theile zerlegt, oder zu einem größeren Ganzen zusammengesetzt werden sollen, denken wir unter der Sache, die wir als Einheit zum Grunde legen, ein räumlich begränztes Stück der unfreien Natur, das als solches Gegenstand des Eigenthums seyn kann, insofern nicht eine besondere Rechtsvorschrift die Möglichkeit des Eigenthums an demselben ausschließt (a).

Fragen wir nun nach der Möglichkeit der Theilung einer Sache, oder nach ihrer Theilbarkeit, so müssen wir zunächst anerkennen, daß im natürlichen Sinn alle Sachen überhaupt einer Zerlegung in Stücke empfänglich, also theilbar sind. Wenn wir daher dennoch theilbare und untheilbare Sachen unterscheiden, so wird Dieses nur geschehen mit Rücksicht auf Rechtsverhältnisse, deren Gegenstand eine Sache seyn kann, so wie auf die Art der Begränzung, wodurch die einzelne Sache zu einer besonderen

(a) Savigny System B. 1. S. 338.

Einheit, verſchieden von anderen Sachen, wird. Hierin aber müſſen vor Allem unbewegliche Sachen (Grundſtücke) und bewegliche Sachen unterſchieden werden.

Grundſtücke, als Beſtandtheile der geſammten, in ſich zuſammenhängenden, Erdoberfläche, können nur durch menſchliche Willkür als beſondere Einheiten begränzt werden, welche Begränzung bald durch Rechtsverhältniſſe, bald durch die Art der Pflege und Benutzung, beſtimmt wird. Daß wir ein Stück Land als Einen Acker, Eine Wieſe, Ein Landgut bezeichnen und behandeln, beruht daher lediglich auf einer Begränzung aus Willkür. Dieſe Willkür aber iſt ihrer Natur nach ſtets fortwirkend und veränderlich, und daraus folgt von ſelbſt die Möglichkeit, innerhalb der einmal angenommenen Gränzen, neue engere Gränzen zu ziehen, worauf die unbeſchränkte Theilbarkeit des Bodens beruht. Die durch dieſes Verfahren entſtehenden Theile ſind unter ſich und mit dem früheren Ganzen gleichartig (b).

Nur der Boden, auf welchem ein Gebäude ruht, iſt nicht theilbar. Zwar iſt, dem Rechtsbegriff nach, das Gebäude nur Stück des Bodens, ſo daß es ſtets in demſelben Eigenthum ſteht und ſtehen muß, wie der Boden. Allein der ſo geſtaltete Boden bildet nunmehr ein ſelbſtſtändiges

(b) Zwar können die einzelnen Theile in Güte und Werth verſchieden ſeyn, dadurch wird aber ihre Gleichartigkeit als Grundſtücke überhaupt nicht ausgeſchloſſen.

Ganzes (ein Kunſtganzes), deſſen Zerlegung den Begriff dieſes Ganzen aufheben würde (c).

Anders, als mit den Grundſtücken, verhält es ſich mit den beweglichen Sachen, indem dieſe in räumlicher Begränzung als Einheiten erſcheinen, unabhängig von fortwirkender menſchlicher Willkür. Jede ſolche Einheit bildet ein ſelbſtſtändiges Ganzes (d), bald ein Naturganzes (wie lebende Thiere), bald ein Kunſtganzes (wie Hausgeräthe und Kunſtwerke).

Dieſe Einheiten nun ſind zwar an ſich ſtets theilbar, im juriſtiſchen Sinn aber nennen wir ſie untheilbar und behandeln ſie als ſolche in zwei an ſich verſchiedenen Fällen (e). Erſtlich, wenn durch die Zerlegung der Begriff

(c) Durch den Abbruch eines Gebäudes entſtehen Baumaterialien, alſo bewegliche Sachen, die unter ſich und mit dem Ganzen ungleichartig ſind. Die Zertheilung eines Hauſes in mehrere Häuſer iſt nur ſehr zufällig möglich, und nur durch weſentliche Umwandlung, alſo durch ein Verfahren ganz anderer Art, als die bloße Ziehung neuer Gränzen in Aeckern oder Wieſen. Vgl. über dieſen Fall *L.* 6 § 1 *comm. praed.* (8. 3). — Der durchgreifende Unterſchied zwiſchen Gebäuden und anderen Grundſtücken liegt darin, daß in dieſen letzten die meßbare Bodenfläche das Ueberwiegende iſt (worauf auch einzelne Gebäude vorkommen können), bei den ſelbſtſtändigen Gebäuden aber dieſe beſondere, dem Boden durch Kunſt gegebene Geſtalt.

(d) *L.* 23 § 5 *de rei vind.* (6. 1).

(e) Sehr beſtimmt werden dieſe beiden Fälle unterſchieden in *L.* 26 § 2 *de leg.* 1 (30 un.) „sin autem vel *naturaliter individuae* sint, vel *sine damno divisio earum fieri non potest*, aestimatio ... praestanda est.“ Auf den erſten Fall geht *L.* 35 § 3 *de rei vind.* (6. 1) „quae *sine interitu* dividi non possunt.“ — Der Fall der Werths-Verminderung durch Zerlegung iſt im Text nur erwähnt worden bei den Sachen, wobei ſie allgemein, nach der Natur der Sachen ſelbſt, ein-

des Ganzen aufgehoben wird, indem die Stücke unter sich und mit dem Ganzen ungleichartig sind, wie bei lebenden Thieren, Hausgeräthen, Kunstwerken. — Zweitens, wenn durch die Zerlegung zwar gleichartige Theile entstehen, jedoch mit Verminderung des Werths und der Brauchbarkeit im Ganzen. Dahin gehören Edelsteine, Spiegel, Spiegelglas, Bretter (bei deren fortgesetzter Zerstückelung nur noch der unbedeutende Werth des Brennstoffs übrig bleibt) u. s. w. — Hiernach bleiben übrig als völlig theilbare bewegliche Sachen nur diejenigen, durch deren Zerlegung weder der Begriff des Ganzen aufgehoben, noch der Gesammtwerth vermindert wird. Dahin gehören Klumpen von rohem Metall, unverarbeitete Zeuge zu Kleidungsstücken u. s. w.

Aus dieser Betrachtung ergiebt sich, daß die Theilung der unbeweglichen und der beweglichen Sachen eine wesentlich verschiedene Natur hat. Jene geschieht durch bloße Veränderung der Gränzen, welche in der Sache selbst keine sichtbaren Wirkungen hervorbringt. Diese geschieht durch körperliche Zerstörung der bis dahin bestehenden Cohäsion, wodurch die sichtbare Gestalt der Sache verändert wird.

Was nun ferner die Zusammensetzung einzelner Sachen

tritt; sie kann aber auch eben so eintreten wegen der besonderen Verhältnisse einer einzelnen Sache, namentlich bei einem Landgut, dessen Zerlegung nicht selten eine Verminderung des Gesammtwerthes herbei führen wird.

zu einem neuen Ganzen betrifft, so zeigt sich auch darin eine Verschiedenheit zwischen den unbeweglichen und beweglichen Sachen. — Bei den Grundstücken geschieht die Zusammenlegung mehrerer Aecker oder Wiesen, so wie die eines ganzen Landgutes, durch dasselbe Verfahren, welches oben bei der Zertheilung bemerkt worden ist, nämlich durch die bloße Ziehung neuer Gränzen. Bei den beweglichen Sachen besteht das neue, künstliche Ganze (die universitas) nur in der gemeinsamen Bezeichnung und Benutzung, ohne irgend eine sichtbare Veränderung der einzelnen in diesem Ganzen enthaltenen Sachen. So geschieht es bei einer Bibliothek, einer Viehheerde, dem Inventarium eines Landgutes u. s. w.

Beide Arten der Verwandlung (Theilung und Zusammensetzung) kommen besonders häufig vor bei Quantitäten. Das Wesen derselben besteht darin, daß Zahl, Maß oder Gewicht allein entscheidet, indem der besondere Werth und die Eigenthümlichkeit der ursprünglichen Einheit verschwindet (f). Die ursprüngliche Einheit ist hier das einzelne Thalerstück (Kunstganzes), das einzelne Weizenkorn (Naturganzes), beide untheilbar, da durch die Zerlegung ungleichartige Theile entstehen. Jene Einheiten aber werden in größeren Massen zusammengesetzt, die dann oft indivi-

(f) Savigny System B. 6 § 268.

dualisirt werden (g), und deren Theilung durch Zahl, Maß oder Gewicht eben so willkürlich, und eben so leicht und sicher bewirkt wird, wie die der Grundstücke. — Bei flüssigen Körpern giebt es selbst gar keine ursprüngliche Einheit, sondern es wird eine solche erst künstlich erzeugt, indem sie in festen Körpern zusammen gefaßt werden.

§. 30.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen (Fortsetzung).

Es ist nun ferner zu erwägen die Theilung und Zusammensetzung der Rechte, welche eine etwas andere Bedeutung hat, als die der Sachen.

Nicht bei allen Classen von Rechten kann davon die Rede seyn, namentlich nicht bei denen, die zum Gebiet des Familienrechts gehören (a). Diese Verwandlungen also sind beschränkt auf das Gebiet des Vermögensrechts, in welchem sie mit wenigen Ausnahmen Anwendung finden; jedoch mit etwas verschiedener Bedeutung im Sachenrecht und im Obligationenrecht. Im Sachenrecht bildet das

(g) So z. B. wenn Rollen oder Kassenbeutel von 50, 100, 500 Thalerstücken durch Siegel und Aufschrift bezeichnet werden; eben so auch Säcke mit Weizen.

(a) Allerdings kommen in derselben Vormundschaft mehrere Mitvormünder vor, aber diese sind, ihrer Stellung nach, nicht mit Miteigenthümern zu vergleichen,

Eigenthum, wie überhaupt, ſo auch hierin, die Grundlage, an welche ſich die übrigen Inſtitute mehr oder weniger anſchließen.

I. Eigenthum.

Wir müſſen hierbei ausgehen von dem Begriff der Gemeinſchaft, das heißt, eines Eigenthums, welches gleichzeitig mehrere Perſonen an einer und derſelben Sache haben. Ein ſolches Verhältniß nennen wir Miteigenthum, Römiſch communio (b).

Ein ſolches Miteigenthum kann auf verſchiedene Weiſe entſtehen; bald bei der urſprünglichen Erwerbung einer Sache, indem mehrere Perſonen dieſelbe gemeinſchaftlich durch Tradition oder durch Beerbung an ſich bringen; bald dadurch, daß der einzige Eigenthümer einer Sache Andere als Miteigenthümer aufnimmt.

Die Rechte der einzelnen Miteigenthümer gegen einander ſind in der Lehre vom Eigenthum zu beſtimmen. Zunächſt folgt aus dem Begriff des Eigenthums, als einer ausſchließenden und unbeſchränkten Herrſchaft über die Sache, daß nicht etwa Jedem das ganze Eigenthum an der Sache (in solidum) zugeſchrieben werden kann (c).

ſondern vielmehr mit den Mitgliedern einer öffentlichen Behörde, da auch ſie ein Amt führen.

(b) Neuere Schriftſteller brauchen wohl die nicht Römiſchen Ausdrücke condominus und condominium.

(c) *L.* 5 § 15 *commod.* (13. 6) „Et ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse“ . . . *L.* 5 *de stip. serv.* (45. 3), ſ. u. Note e. Vgl. Savigny Syſtem B. 1 § 56.

Ferner ist zu bemerken, daß die Rechte der Einzelnen nothwendig von gleicher Art (Qualität) seyn müssen (d), während sie bald von gleicher, bald von ungleicher Größe (Quantität) seyn können. Die Rechte der einzelnen Miteigenthümer werden daher als Theile des Eigenthums an dieser Sache aufgefaßt, und zwar als ideelle oder intellectuelle (e) Theile, als Rechnungstheile oder Quoten; der Umfang derselben wird stets durch ein Zahlenverhältniß oder einen Bruchtheil des ganzen Eigenthums dieser Sache ausgedrückt.

Das hier dargestellte Miteigenthum ist möglich an Sachen aller Art, an unbeweglichen und an beweglichen, an theilbaren und untheilbaren. Es ist ferner gleich anwendbar auf das alte Eigenthum ex jure quiritium, wie auf das in bonis, und eben so auf die dem wahren Eigenthum nachgebildete Fiction des Eigenthums, die bonae

(d) Vom Mittelalter her ist häufig die Ansicht geltend gemacht worden, es könne das Eigenthum derselben Sache, auch mit ungleichartigen Rechten, Mehreren zugleich angehören. Man nannte Das ein dominium divisum, und dessen ungleichartige Stücke dominium directum und utile, welche Begriffe vorzugsweise angewendet wurden auf die Emphyteuse, die Superficies und das Lehen. Dem Römischen Recht ist diese Auffassung und Ausdrucksweise fremd; dasselbe kennt nur Eigenthum und jura in re, unter welche letzte Classe von Rechten auch die Emphyteuse und die Superficies gehören.

(e) Dieser Ausdruck kommt vor in *L.* 5 *de stip. serv.* (45. 3) „Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut *intellectu* magis partes habeant quam corpore."

fidei possessio (f). Daher muß das Eigenthum für ein ohne Einschränkung theilbares Recht gehalten werden.

Die Gemeinschaft des Eigenthums kann auf verschiedene Weise aufgehoben werden. Es kann geschehen dadurch, daß Ein Miteigenthümer die Theile der Uebrigen durch deren freie Handlung oder durch Erbschaft erwirbt, oder daß Alle ihre Theile an einen Fremden veräußern, indem in beiden Fällen die bis dahin getrennten Theile wieder in Einer Hand vereinigt werden. Es kann aber auch in ganz anderer Weise geschehen durch Realtheilung, das heißt, durch Zerlegung der Sache, die den Gegenstand des Eigenthums bildet, in Sach-Theile (§ 29), die dann gegen einander ausgetauscht werden, durch welche Handlung die bisherige Gemeinschaft gleichfalls verschwindet. Diese Realtheilung ist, ihrer Natur nach, nur in den Fällen möglich, in welchen der Gegenstand des Eigenthums eine theilbare Sache ist (§ 29). Sie wird am häufigsten erwähnt; und ist am leichtesten ausführbar, bei Grundstücken (fundus regionibus divisus). — Darauf, daß in irgend einer Weise die Gemeinschaft aufgehoben werde, hat jeder einzelne Miteigenthümer, auch gegen den Widerspruch der übrigen, ein unbedingtes Recht (g); die Art der Aufhebung ist, in Ermangelung einer freien Einigung, durch den Richter zu bestimmen.

(f) *L.* 12 § 6, *L.* 7 § 8. 9 *de public.* (6. 2).

(g) *L.* 8 *pr. comm. div.* (10. 3), *L.* 5 *C. eod.* (3. 37).

Zur Verhütung von Verwirrungen der Begriffe ist nun noch besonders darauf aufmerksam zu machen, in welchen verschiedenen Bedeutungen die Ausdrücke: Theil, Theilung und Theilbarkeit gebraucht werden. Was diese Ausdrücke bedeuten in Anwendung auf Sachen, ist schon oben (§ 29) angegeben worden. In Anwendung auf die Gemeinschaft im Eigenthum heißt Theil die einem jeden einzelnen Miteigenthümer angehörende Quote. Theilung heißt hier die Verwandlung des einem Einzelnen zustehenden Eigenthums in eine Gemeinschaft, es mag dieselbe durch freie Handlungen entstehen, oder in Folge einer allgemeinen Rechtsregel, namentlich durch Beerbung. Theilbar in diesem Sinn ist jedes Eigenthum ohne Ausnahme. Realtheilung ist eine Art der Aufhebung einer Gemeinschaft (h), also Vernichtung der bisherigen Theile (Quoten) in dem so eben erklärten Sinn; sie wird bewirkt durch Zerlegung der Sache (vorausgesetzt, daß sie theilbar ist) in Sachtheile, und Austausch der an diesen Sachtheilen bisher haftenden Quoten des Eigenthums.

Ueber die Römischen Kunstausdrücke ist Folgendes zu bemerken. Partes indivisae oder pro indiviso heißen die Quoten in einer bestehenden Gemeinschaft (communio pro indiviso, res communis pro indiviso) (Note e). Partes pro diviso oder divisae (oft mit dem Zusatz regionibus)

(h) *L.* 1 *pr. fam. herc.* (10. 2) „a communione *discedere*." *L.* 1 *comm. div.* (10. 3) „ad communium rerum divisionem."

heißen die Sachtheile, deren Ausſcheidung dazu dient, die Gemeinſchaft, alſo die partes indivisae, zu zerſtören (Note h).

Streng genommen alſo, ſollte nur von communio und res communis *pro indiviso* die Rede ſeyn; doch wird dieſer Sprachgebrauch nicht ganz ſtreng beobachtet, indem hin und wieder auch von einer res communis pro diviso geſprochen wird, mit Rückſicht auf die vor der Theilung beſtehende Gemeinſchaft (i). Dieſer ſchwankende Sprachgebrauch iſt an ſich wenig erheblich, wenn nur dabei der weſentliche Unterſchied feſtgehalten wird, daß die wahre communio in einem fortdauernden, wichtigen Rechtsverhältniß der Einzelnen zu einander beſteht, anſtatt daß bei der uneigentlich ſogenannten communio kein anderes Rechtsverhältniß vorhanden iſt, als das, welches zwiſchen allen Gränznachbaren beſteht. — Ein ſolcher Zuſtand, worauf ſich die erwähnte falſche Bezeichnung bezieht, iſt übrigens nur möglich bei Grundſtücken, deren willkürliche Begränzung den Schein des früheren Zuſtandes fortdauern läßt. Bei beweglichen Sachen können nur ideelle Theile vorkommen, indem die Realtheilung jeden Schein des früheren Zuſammenhangs völlig aufhebt (k).

(i) *L.* 5 § 16 *de reb. eor.* (27. 9) „Communia praedia ... si pro diviso communia sint." *L.* 43 *pr. de poss.* (41. 2). *L.* 29 *de adqu. rer. dom.* (41. 1). In dieſer letzten Stelle bezieht ſich der Ausdruck auf die natürliche Einheit der zu einer Inſel gehörenden Grundſtücke.

(k) *L.* 5 § 15 *commod.* (13. 6), *L.* 23 § 5 *de rei vind.* (6. 1). Eben ſo, wie bei beweglichen Sa-

Der alte Jurist Q. Mucius wollte sogar den Ausdruck pars im Allgemeinen beschränkt wissen auf intellectuelle Theile, indem jedes aus einer Realtheilung hervorgehende Stück nicht mehr pars, sondern totum genannt werden müsse. Servius dagegen vertheidigte den Sprachgebrauch von partes divisae und indivisae, und dieser hat augenscheinlich bei den späteren Schriftstellern allgemeine Anerkennung gefunden (l).

Was hier von der leichten und mannichfaltigen Anwendung der intellectuellen Theile, so wie der Realtheilung, auf Grundstücke gesagt worden ist, gilt eben so, und selbst noch in größerem Maße, bei Quantitäten. Bei diesen ist es sogar völlig gleichgültig, ob wir die intellectuellen Theile auf die einzelnen Geldstücke und Weizenkörner, oder aber auf die Masse derselben als ein Ganzes, beziehen wollen (m).

II. Besitz.

Das Wesen des Besitzes besteht in der Ausübung des Eigenthums, und daher ist, in der juristischen Lehre vom Theile, auf den Besitz alles Dasjenige anwendbar, welches so eben bei dem Eigenthum ausgeführt worden ist (n).

chen, ist auch an einem Gebäude nur ein Eigenthum Mehrerer nach ideellen Theilen möglich. Vgl. oben § 29. c.

(l) *L.* 25 § 1 *de V. S.* (50. 16).

(m) *L.* 94 § 1 *de solut.* (46. 3), *L.* 29 *eod.*

(n) Savigny Recht des Besitzes § 22.

Eine communio pro indiviso (pro partibus indivisis) ist möglich bei Sachen aller Art, bei unbeweglichen und beweglichen, bei theilbaren und untheilbaren.

Dagegen ist ein Besitz Mehrerer pro partibus divisis nur an Grundstücken möglich, nicht an beweglichen Sachen (o); und auch an Grundstücken noch mit Ausnahme der Gebäude (Note k).

Alle hier aufgestellte Sätze aber sind gleich anwendbar auf den juristischen und auf den blos natürlichen Besitz, insbesondere also auf den Besitz des Miethers, des Pächters und des Fructuars.

III. Emphyteuse. Von ihr gilt ganz Dasselbe, wie von dem Eigenthum eines Landgutes, so wie

IV. bei der Superficies Dasselbe, wie von dem Eigenthum eines Gebäudes.

V. Nießbrauch.

Auf denselben ist alles Dasjenige anzuwenden, welches oben in Beziehung auf das Eigenthum dargestellt worden ist, also insbesondere die unbeschränkte Theilbarkeit zu intellectuellen Theilen an Sachen aller Art (p). Der Grund liegt darin, daß der überwiegende Theil des Nießbrauchs, und der eigentliche Charakter desselben, in dem Anspruch auf das Eigenthum der Früchte der Sache enthalten ist.

(o) *L.* 8 *de rei vind.* (6. 1). *L.* 19 *de usu* (7. 8), *L.* 13 § 1
(p) *L.* 5 *de usufr.* (7. 1), *de accept.* (46. 4).

VI. Prädialservituten.

Sie sind völlig untheilbar, so daß an denselben weder intellectuelle Theile, noch Realtheilungen vorkommen können.

Dieser wichtige Satz wird vorzugsweise und am häufigsten bei den Wegeservituten erwähnt, er ist aber auch wahr bei den Wasserleitungen und den übrigen Servituten dieser Classe (q).

Das eigentliche Subject einer solchen Servitut ist nicht eine Person, sondern ein Grundstück, das heißt, der jedesmalige Eigenthümer dieses Grundstücks als solcher. Wenn nun mehrere Miteigenthümer desselben (nach intellectuellen Theilen) vorhanden sind, so möchte man geneigt seyn, Jedem derselben einen gleichnamigen Theil auch an der Servitut zuzuschreiben. So ist es aber nicht, sondern Jeder hat Diese ganz und ungetheilt. Denn da es unmöglich ist, über einen Weg theilweise (z. B. halb) zu gehen oder zu fahren, so muß jeder Miteigenthümer die Servitut ganz ausüben können, gerade so, als ob er der einzige Eigenthümer wäre.

(q) *L.* 2 § 1, *L.* 72 *pr. de V. O.* (45. 1). — In welchem eigenthümlichen Sinn dennoch bei der Wasserleitung eine Theilung vorkommt, kann nur in der Lehre von den Servituten klar gemacht werden. *L.* 25 *de S. P. R.* (8. 3), *L.* 5 *pr. de aqua quot.* (43. 20), *L.* 19 § 4 *comm. div.* (10. 3), *L.* 31 § 7 *de neg. gest.* (3. 5). — In Anwendung auf die Wegeservituten erscheint das ganze Rechtsverhältniß am einfachsten und reinsten, und daher erklärt sich die bei diesen besonders häufige Erwähnung desselben.

VII. Uſus.

Dieſe Servitut hat eine ganz auf die einzelne Perſon beſchränkte Natur, und unterſcheidet ſich dadurch von dem Nießbrauch. Daher iſt ſie, eben ſo, wie die Prädialſervituten, untheilbar, und dieſer Satz wird in unſeren Rechtsquellen anerkannt (r), jedoch werden beſondere Folgen und Anwendungen deſſelben, namentlich in Verbindung mit den Obligationen, nicht erwähnt.

VIII. Obligationen.

Die ganze bisherige Betrachtung iſt lediglich der Obligationen wegen angeſtellt worden, und es wird ſogleich von der Anwendung des Theil-Verhältniſſes auf dieſelben ausführlich die Rede ſeyn.

Wie bei den Sachen, ſo kommt auch bei den Rechten eine künſtliche Zuſammenſetzung zu einem neuen, collectiven Ganzen vor. Eine ſolche Zuſammenſetzung findet ſich in dem Peculium, der Dos, der Erbſchaft.

An einem ſolchen Ganzen iſt wiederum eine Gemeinſchaft zu intellectuellen Theilen möglich, und namentlich bei der Erbſchaft bildet dieſelbe ein beſonders häufiges und wichtiges Rechtsverhältniß. Die Theilung hat hier, wie

(r) *L.* 19 *de usu* (7. 8).

bei dem Eigenthum, die Bedeutung einer Aufhebung der Gemeinschaft (Note h), welche auch hier in sehr mannichfaltiger Weise bewirkt werden kann: namentlich durch Realtheilung einzelner, zur Erbschaft gehörender, Eigenthumsstücke, durch Austausch einzelner Bestandtheile der Erbschaft, durch Verkauf u. s. w. Nur auf eine wichtige Classe von Vermögensstücken bezieht sich in der Regel diese Gemeinschaft nicht, auf die Forderungen und Schulden. Davon wird sogleich ausführlicher die Rede seyn.

§. 31.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen (Fortsetzung).

Das Verhältniß des Ganzen zu seinen Theilen soll nunmehr auf die Obligationen angewendet werden, und die ganze bisher angestellte Betrachtung sollte blos dazu dienen, zu dieser Anwendung den Weg zu bahnen. Was heißt nun Theil, Theilung und Theilbarkeit in Beziehung auf Obligationen?

Zunächst ist zu bemerken, daß sich diese Begriffe stets beziehen auf die Leistung in der Obligation, also auf Dasjenige, welches durch die Obligation mit Nothwendigkeit bewirkt werden soll (§ 2).

Die Theile einer Obligation kommen mit den Theilen des Eigenthums (§ 30) darin überein, daß auch sie durch

Quoten oder Zahlenverhältniſſe begränzt und bezeichnet werden. Sie unterſcheiden ſich aber von den Theilen des Eigenthums darin, daß dieſe auf dem Verhältniß einer fortdauernden Gemeinſchaft beruhen, anſtatt daß die Theile der Obligation von einander völlig getrennte und unabhängige Rechtsverhältniſſe bilden, die nur dadurch als Theile aufgefaßt werden, daß die Summe ihrer Leiſtungen derjenigen Leiſtung gleich ſteht, welche als Gegenſtand der ganzen Obligation gedacht wird.

Der Ausdruck Theilung wurde bei dem Eigenthum auf zwei, gewiſſermaßen entgegengeſetzte, Verwandlungen angewendet: bald auf die Errichtung einer Gemeinſchaft, indem dadurch intellectuelle Theile entſtehen: bald auf die Aufhebung der Gemeinſchaft, in ſofern dieſe bewirkt wird durch die Zerlegung der Sache in Sach-Theile (§ 30). — Bei der Obligation heißt Theilung die Zerlegung einer Obligation in mehrere einzelne, von einander unabhängige, Obligationen, und dieſe Verwandlung erfolgt, wie bei dem Eigenthum, bald durch freie Handlungen, bald durch die bloße Einwirkung allgemeiner Rechtsregeln, in welchem Fall eine juriſtiſche Handlung zum Zweck der Theilung weder nöthig, noch möglich iſt (a).

Ich will zunächſt eine allgemeine Ueberſicht geben über die Fälle, in welchen von der Theilung einer Obligation

(a) Vgl. Scheurl p. 75. 78.

die Rede ſeyn kann, und bei Jedem dieſer Fälle die beſondere Bedeutung der Theilung bemerklich machen.

I. Wenn Ein Glaubiger Einem Schuldner gegenüber ſteht, kann die Theilung in zwei verſchiedenen Richtungen zur Anwendung kommen.

Der Glaubiger kann die Obligation theilen, indem er nicht die ganze Leiſtung, ſondern nur einen Theil derſelben einfordert, und damit ſo lange fortfährt, bis die ganze Leiſtung erſchöpft iſt. Eine ſolche getheilte Verfolgung kann vielleicht dem Schuldner unbequem ſeyn, es liegt aber darin kein Unrecht, weil es dem Schuldner ſtets frei ſteht, die ganze Obligation freiwillig zu erfüllen und dadurch zu tilgen.

Umgekehrt kann der Schuldner die Obligation theilen, indem er theilweiſe erfüllt. Dadurch iſt ein Theil der Obligation völlig getilgt, während ein anderer Theil völlig fortdauert. — Daß ein ſolches Verfahren, mit der angegebenen Wirkung, durch Uebereinſtimmung beider Theile möglich iſt, kann nicht bezweifelt werden; daß aber auch der Schuldner durch einſeitige Willkür eine ſolche Rückzahlung vornehmen könne, iſt von Manchen bezweifelt worden, weil dieſelbe dem Glaubiger läſtig und nachtheilig ſeyn könne. Dennoch iſt dieſe Befugniß des Schuldners einzuräumen (b), und ſie wird durch zwei Umſtände ge-

(b) *L.* 21 *de reb. cred.* (12. 1). Dieſe ganze Frage wird hier

rechtfertigt. Erstlich dadurch, daß der Glaubiger von seiner Seite jederzeit die ganze Schuld einfordern kann. Zweitens dadurch, daß die wichtigsten Nachtheile, die ihn treffen könnten, durch besondere Vorschriften abgewendet werden. Denn der Zinsenlauf für das ganze Kapital soll fortdauern, unvermindert durch die Rückzahlung (c); und eben so soll das ganze Pfand fortwährend haften, so lange auch nur noch ein Theil der Schuld ungetilgt übrig ist (d).

II. Wenn mehrere Glaubiger Einem Schuldner, oder mehrere Schuldner Einem Glaubiger, gleich bei Entstehung der Obligation gegenüber treten, so ist unter ihnen die Forderung oder Schuld ipso jure getheilt, und zwar in der Regel (wenn sie es nicht anders bestimmen) zu gleichen Theilen. Hier entsteht also die Theilung der Obligation von Anfang an, und zwar in Folge einer allgemeinen Rechtsregel, so daß es einer ausdrücklichen Willenserklärung dazu nicht bedarf.

Dieses ist die wichtige Rechtsregel, welche schon oben im Eingang der Lehre von den Correalschulden vorgetragen worden ist (§ 16. b), und auf welche sich die Correalschulden selbst, als willkürliche Ausnahmen derselben, beziehen.

nur beiläufig berührt, da ihr eigentlicher Sitz in der Lehre von der Aufhebung der Obligationen zu suchen ist.

(c) *L.* 41 § 1 *de usur.* (22. 1).

(d) *L.* 19 *de pign.* (20. 1), *L.* 65 *de evict.* (21. 2).

Eine ſolche urſprüngliche Theilung von Obligationen kann hauptſächlich durch folgende Entſtehungsgründe herbeigeführt werden:

Durch Stipulationen.

Durch Conſenſualcontracte (beſonders Kauf, Miethe, Pacht).

Durch Teſtament, indem mehreren Erben ein Legat auferlegt, oder mehreren Legataren eine Summe als Legat angewieſen wird.

Durch die Stipulation eines Sklaven, welcher im gemeinſchaftlichen Eigenthum mehrerer Herren ſtand.

Die drei erſten Fälle ſind auf active und paſſive Schuldverhältniſſe gleich anwendbar, der letzte Fall war nur anwendbar auf active, da der Sklave ſeinen Herren nur Forderungen erwerben, nicht Schulden aufbürden konnte.

III. Wenn durch den Tod eines Glaubigers oder eines Schuldners mehrere Erben in deſſen Stelle eintreten.

Hier ſind die Forderungen und Schulden unter den Erben, nach Verhältniß ihrer Erbportionen, durch die Zwölf Tafeln ipso jure getheilt, und es bedarf dazu keiner

juristischen Handlung, sey es der Erben, oder eines Richters (e).

Die Erwerbung einer Erbschaft durch mehrere Erben wirkt also auf das in der Erbschaft befindliche Eigenthum so, daß eine Gemeinschaft zu intellectuellen Theilen entsteht; auf die Forderungen und Schulden in der Erbschaft so, daß dieselben unter allen Erben in unabhängige Theile zerlegt werden. Beides aber geschieht ipso jure, ohne Zuthun der Erben. In beiden Fällen richtet sich die Größe der Theile nach den Quoten, die den einzelnen Erben im Erbrecht zustehen.

Die hier dargestellte Theilung der Obligationen setzt voraus die Theilbarkeit derselben. Dadurch werden wir auf die Frage geführt, ob überhaupt die Obligationen theilbar sind oder nicht.

Bei weitem die meisten und wichtigsten Obligationen sind wirklich theilbar, und bei diesen macht daher die reine Anwendung der vorläufig aufgestellten Regeln keine Schwierigkeit. Daneben aber stehen, als Ausnahmen, mehrere untheilbare Obligationen.

(e) *L.* 1 *C. si unus ex plur.* (8. 32), *L.* 6 *C. fam. herc.* (3. 36), *L.* 25 § 9 *fam. herc.* (10. 2). In diesen Stellen werden die Zwölf Tafeln als Quelle der Regel angeführt. — Die Regel selbst, ohne diese Erwähnung, kommt vor in *L.* 2 *C. si unus* (8 32), *L.* 2 § 5, *L.* 4 *pr.*, *L.* 25 § 1 *fam. herc.* (10. 2).

Unſere Aufgabe geht nunmehr dahin, zunächſt die Reihe der erwähnten Ausnahmen feſtzuſtellen, dann aber die Behandlung derſelben anzugeben, welche an die Stelle der bei ihnen unausführbaren Regel treten ſoll.

Schon im Anfang dieſes §. wurde bemerkt, daß in dieſer Lehre der Theil und die Theilung ſich beziehe auf die Leiſtung, die den Gegenſtand der Obligation bildet, und die durch die Obligation unmittelbar bewirkt werden ſoll. Ganz verſchieden davon ſind diejenigen Leiſtungen, welche den Inhalt einer Bedingung bilden, und durch welche die Entſtehung einer Obligation bald bewirkt, bald verhütet werden ſoll (quae in conditione sunt, non in obligatione). Auch bei dieſen Leiſtungen wäre eine Theilung meiſt denkbar, ſie muß aber, nach der Natur der Bedingung, ſtets für unzuläſſig gehalten werden, wenn die Wirkung einer erfüllten Bedingung eintreten ſoll. Denn als erfüllt kann die Bedingung nur gelten, wenn ſie ganz erfüllt iſt, eine unvollſtändige Erfüllung ſteht mit einer ganz fehlenden auf gleicher Linie (f). — Die Verwechslung

(f) Ein Beiſpiel wird den Unterſchied anſchaulich machen. Wenn eine Obligation auf die Zahlung von Hundert geht, ſo iſt dieſelbe theilbar, ſo daß ſie ſich unter zwei Erben des Schuldners in zwei Obligationen, jede zu Fünfzig, auflöſ't. Wenn dagegen Jemand für den Fall, daß er vor Ende des Jahres Hundert nicht zahlen werde, Zweihundert als Strafe verſpricht, und nun ſogleich mit Hinterlaſſung von zwei Erben ſtirbt, ſo wirkt die Zahlung von Fünfzig

dieſer, zu den Bedingungen gehörenden, Leiſtungen, mit den Leiſtungen als Gegenſtänden einer Obligation, von welchen hier die Rede iſt, hat nicht ſelten Verwirrung in unſere Lehre gebracht. Es wird daher nicht überflüſſig ſeyn, dieſen Gegenſtand noch etwas genauer zu erörtern.

Die Leiſtung, deren Mangel eine Strafe zur Folge haben ſoll, kann von der verſchiedenſten Art ſeyn, und ihre Beſchaffenheit (Theilbarkeit oder Untheilbarkeit) iſt für die eben erwähnte Wirkung ganz gleichgültig. So kann dieſe Leiſtung in einer Geldzahlung beſtehen (g), oder in dem Geben eines Grundſtücks (h); ferner in der Anfertigung eines opus (i).

Eben ſo iſt es für den Erfolg gleichgültig, ob jene Leiſtung auch wörtlich nur als Bedingung ausgedrückt wird (in welchem Fall ihre Natur unzweifelhaft iſt) (k), oder ob ſie ſcheinbar zuerſt als Gegenſtand einer Obligation, dann aber als Bedingung einer Strafe, ausgedrückt wird.

durch einen der Erben zur Abwendung oder Verminderung der Strafe gar nicht; es iſt, als ob er gar Nichts gezahlt hätte, die Bedingung iſt unerfüllt geblieben.

(g) *L.* 25 § 13 *fam. herc.* (10. 2), *L.* 5 § 3 *de V. O.* (45. 1).

(h) *L.* 44 § 5 *de O. et A.* (44. 7) „Si ita stipulatus sim, *si fundum non dederis, centum dare spondes?* sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.“ *L.* 85 § 6 *de V. O.* (45. 1) „Item si ita stipulatio facta sit, *si fundus Titianus datus non erit, centum dari,* nisi totus detur, poena committitur centum: nec prodest partes fundi tradere, cessante uno.“

(i) *L.* 44 § 6 *de O. et A.* (44. 7).

(k) So geſchieht es in den Fällen, welche in der Note h. angeführt werden.

Denn auch dieſe letzte, an ſich zweideutige, Faſſung ſoll doch ſo, wie die erſte, verſtanden werden, ſo daß die erwähnte Leiſtung gar nicht als Gegenſtand einer Obligation, ſondern nur als Bedingung einer Strafe, zu denken iſt (l).

Zur Verhütung von Mißverſtändniſſen muß jedoch noch hinzugefügt werden, daß die Conventionalſtrafe auch noch eine ganz andere Bedeutung durch die Willkür der Parteien erhalten kann. Sie kann nämlich auch neben die Obligation ſelbſt geſtellt werden, und zwar ſogar auf zweierlei Weiſe: bald ſo, daß die Obligation ſelbſt und noch außerdem die Strafe, eingeklagt werden kann (m); bald ſo, daß der Glaubiger nur die Wahl haben ſoll, entweder das Eine, oder das Andere, einzufordern, welcher Fall häufiger, als der erſte, erwähnt wird (n). Ob die Parteien eine dieſer beſonderen Wirkungen, und welche, der Strafe haben beilegen wollen, kann ſowohl durch ausdrückliche Erklärung, als auch durch den Zuſammenhang der Umſtände, erkannt werden. Unſere Frage berührt dieſe mögliche neue Bedeutung der Strafe nicht, ſie iſt hier blos

(l) *L.* 44 § 6 *de V. O.* (44. 7) „Sed si *navem fieri* stipulatus sum, *et si non feceris, centum:* videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem: an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat? *quod magis verum est.*“

(m) *L.* 115 § 2 *de V. O.* (45. 1), *L.* 16 *de transact.* (2. 15).

(n) *L.* 10 § 1 *de pactis* (2. 14), *L.* 41. 42 *pro socio* (17. 2), *L.* 28 *de act. emti* (19. 1), *L.* 12 § 2 *de pactis dot.* (23. 4).

erwähnt worden, damit nicht das Schweigen über dieſelbe als Verneinung mißverſtanden werden möge; eine genauere Darſtellung muß der beſonderen Lehre von der Conventionalſtrafe vorbehalten bleiben.

Es iſt dabei noch der nicht unwichtige, auf den erſten Blick auffallende, Satz zu bemerken, daß im Fall einer Conventionalſtrafe die beabſichtigte Leiſtung ſelbſt, als Bedingung der abzuwendenden Strafe, ſtets untheilbar iſt (welches ſo eben gezeigt wurde), dagegen gerade umgekehrt die Strafe, als eigentlicher Gegenſtand der Obligation, ſtets theilbar, weil ſie unter die durchaus theilbaren Geldſchulden gehört (o).

§. 32.

IV. Gegenſtand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leiſtungen (Fortſetzung).

Es iſt nunmehr die bereits angekündigte (§ 31) Reihe von Ausnahmen darzuſtellen, in welchen die Obligationen

(o) *L.* 4 § 1 *de V. O.* (45. 1) „... ab omnibus heredibus poenam committi *pro portione hereditaria,*" *L.* 85 § 5 *eod.* „sed unicuique *pro parte hereditaria praestatio injungitur*" (es iſt hier die Rede von der dupla wegen Eviction, alſo einer poena). Vgl. unten § 34. p.

für untheilbar zu halten sind. Ich werde mich dabei großentheils an den Gang der Gedanken anschließen, welcher den oben angegebenen Hauptstellen des Römischen Rechts in dieser Lehre (§ 29) zum Grunde liegt.

I. Obligationen, die auf ein Geben gerichtet sind (dandi obligationes). Diese sind fast alle theilbar, und die einzige entschiedene Ausnahme, die darunter erwähnt, und mit großem Nachdruck geltend gemacht wird, betrifft das Verschaffen der Prädialservituten, also derjenigen Classe von Rechten, welche an sich selbst untheilbar sind, so daß nicht einmal intellectuelle Theile derselben angenommen werden können (§ 30).

Die Obligation also, die auf die Errichtung einer Prädialservitut gerichtet ist, gilt als untheilbar (a), woraus daher auch folgt, daß eine solche Obligation theilweise weder übernommen, noch durch Acceptilation getilgt werden kann (b), ferner, daß einer unter mehreren Miteigenthümern eines Grundstücks diese Obligation weder stipuliren, noch wirklich erwerben kann (c), indem er ja das Grundstück,

(a) *L.* 2 § 1, *L.* 72 *pr. de V. O.* (45. 1).

(b) *L.* 17 *de serv.* (8. 1), *L.* 13 § 1 *de accept.* (46. 4).

(c) *L.* 11 *de serv.* (8. 1). — Dagegen kann auch ein Nichteigenthümer als Schuldner eine solche Obligation übernehmen, indem er ja Eigenthümer des benachbarten Grundstücks werden kann. *L.* 25 § 10 *fam. herc.* (10. 2). Um so mehr also kann es auch der einzelne Miteigenthümer des benachbarten Grundstücks.

welchem sie als Recht eigentlich zustehen müßte, nur zum Theil vertreten kann.

Mit Unrecht werden diese Sätze von Manchen so behandelt, als ob sie blos von der Stipulation über eine solche Obligation gelten sollten. Diese Obligation kann eben so gut durch einen Kaufcontract begründet werden (d), und es hat nicht den geringsten Zweifel, daß für diesen Fall der Entstehung durchaus dieselben Regeln gelten müssen, wie für den Fall der Stipulation.

II. Obligationen, die auf ein Thun gerichtet sind (faciendi obligationes).

Der Eingang einer Hauptstelle in unserer Lehre (e) lautet so: Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. Durch diese Worte sind manche Schriftsteller zu der Annahme verleitet worden, diese Unterscheidung sey maßgebend für die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Obligationen, und zwar so, daß die Obligationen der ersten Classe (dandi), mit einer einzelnen Ausnahme, theilbar seyen, die der zweiten Classe (faciendi) in der Regel untheilbar, und nur in ausgenommenen Fällen, und nur mit Hülfe künstlicher Vermittelungen, theilbar (f).

(d) *L.* 3 § 2, *L.* 6 § 5 *de act. emt.* (19. 1), *L.* 80 § 1 *de contr. emt.* (18. 1), *L.* 12 *de sign.* (20. 1).

(e) *L.* 2 *pr. de V. O.* (45. 1).

(f) So sagt Bubo S. 37. 52, alle stricti juris obligationes in faciendo seyen untheilbar.

Dieſer Annahme widerſprechen ſchon die im §. 1 jener Stelle unmittelbar folgenden Worte: et *harum omnium* quaedam partium praestationem recipiunt . . . quaedam non recipiunt, welche Worte offenbar ſagen wollen, in beiden Claſſen fänden ſich ſowohl theilbare, als untheilbare Obligationen, woraus von ſelbſt folgt, daß der Verfaſſer der Stelle jene Unterſcheidung durchaus nicht an die Spitze geſtellt hat, um daran irgend eine Regel über die Theilbarkeit anzuknüpfen.

Dazu kommt noch der Umſtand, daß die ſchwankenden Ausdrücke dare und facere ſchwerlich dazu gebraucht werden konnten, um darnach das rein praktiſche Verhältniß der untheilbaren Obligationen zu regeln (g).

Noch wichtiger aber iſt folgende Erwägung. Wenn wir die Hauptſtellen über die untheilbaren Obligationen (§ 29) unbefangen betrachten, ſo müſſen wir uns überzeugen, daß die alten Juriſten die Untheilbarkeit mancher Obligationen niemals auf eine künſtliche Betrachtungsweiſe, namentlich nicht auf das formelle Recht (z. B. die beſondere Natur der Stipulation) zurück führen, ſondern ſtets auf

(g) Vgl. oben § 28. e. — Nehmen wir das dare im ſtrengſten Sinn als das Verſchaffen von Eigenthum oder jus in re ex jure quiritium, ſo bleiben im Gegenſatz deſſelben für die faciendi obligationes ſo viele und völlig ungleichartige Fälle übrig, daß ſich daran unmöglich irgend eine praktiſche Regel anknüpfen läßt. Der einzige, wirklich durchgreifende, Unterſchied lag darin, daß die Intentio einer Formel bei der einen Claſſe auf dare oportere, bei der anderen auf dare facere oportere lautete, aber dieſer Unterſchied war praktiſch von keiner Erheblichkeit.

natürliche Gründe der Unmöglichkeit, die Leistung in Theile zu zerlegen. Und diese Behandlung der Sache war auch nicht etwa zufällig und willkürlich, sondern sie hatte folgenden nothwendigen Grund. Die Zwölf Tafeln hatten vorgeschrieben, daß bei dem Tode eines Glaubigers oder Schuldners die Obligationen unter den Erben ipso jure getheilt seyn sollten (§ 31. e). Die Anerkennung dieser Vorschrift stand gar nicht in dem Belieben der Juristen und der Richter, sie konnten sich ihr gar nicht entziehen, wenn nicht etwa ein höheres Gesetz die Anwendung hinderte, — das Gesetz der natürlichen Unmöglichkeit (h).

Wenn wir, dem eben erwähnten Beispiel der alten Juristen folgend, von diesem Standpunkt aus die Sache betrachten, und damit die einzelnen Aussprüche der Digesten verbinden, so müssen wir über die Untheilbarkeit der faciendi obligationes folgende Regeln anerkennen.

Untheilbar ist jede auf ein opus gerichtete Obligation (i). Als opus aber wird uns angegeben die Errichtung eines Bauwerkes irgend einer Art, die Aufstellung einer Bildsäule, die Ziehung eines Grabens, und andere ähnliche Bearbeitungen des Bodens. Eine der Stellen

(h) So sagt *L.* 25 § 9 *fam. herc.* (10. 2) von der Stipulation einer Wegeservitut: „talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, *quia nec potest.*"

(i) *L.* 85 § 2, *L.* 72 *pr. de V. O.* (45. 1), *L.* 80 § 1 *ad L. Falc.* (35. 2). Diese letzte Stelle braucht den sonst nicht vorkommenden Ausdruck: „quae *dividuitatem* non recipiunt."

aber, die davon reden, bestimmt den allgemeinen Charakter des opus in folgenden Worten (k): neque enim ullum balneum, aut ullum theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, *qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit.* Das will sagen: wenn ein Haus größtentheils fertig gebaut ist, und nur etwa das Dach noch fehlt, so ist es als Haus noch gar nicht zu gebrauchen. Nun kann zwar allerdings ein Haus nicht plötzlich gebaut werden, es geschieht allmälig, theilweise, vielleicht längere Zeit hindurch; allein die zur Vollendung nöthigen einzelnen Arbeiten lassen sich nicht auf Zahlenverhältnisse (intellectuelle Theile) zurück führen, welches erforderlich seyn würde, um die Obligation als eine theilbare behandeln zu können. — Wenn wir diesen Begriff des opus zum Grunde legen, so dürfen wir die Anwendung desselben nicht durchaus auf die Bearbeitungen des Bodens beschränken, von welchen die meisten Beispiele bei den Römischen Juristen hergenommen sind. Auch die Anfertigung beweglicher Sachen kann dahin gehören, wie der Bau eines Schiffes (§ 31. l), die Verfertigung einer astronomischen Uhr, eines musikalischen Instruments u. s. w.; jedoch wird hier die Frage von der Untheilbarkeit meist nur da von Bedeutung seyn, wo sich die übernommene Arbeit über den Kreis der gemeinen Handwerksarbeiten erhebt.

(k) *L.* 80 § 1 *ad L. Falc.* (35. 2). — Vgl. damit noch *L.* § 1 *de V. S.* (50. 16).

Für theilbar dagegen müssen die faciendi obligationes in folgenden Fällen gehalten werden:

A. Jede Arbeit, welche die Natur von Quantitäten an sich trägt. Dahin gehört eine bestimmte Zahl von Arbeitstagen, in sofern von gemeiner Handarbeit die Rede ist (l). Dieselbe Natur hat eine nach Maßen in Accord gegebene Arbeit, wie die Aufführung eines Dammes, einer Mauer u. s. w.

B. Diejenige faciendi obligatio, welche nicht in einer Arbeit, sondern in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts besteht (§ 28). Ein Beispiel wird diesen Fall anschaulich machen. Wenn ein Glaubiger seinem Schuldner im Testament die Liberation legirt, so ist dadurch der Erbe zur Acceptilation verpflichtet (m). Stirbt dieser Erbe vor vollzogener Acceptilation mit Hinterlassung von zwei Erben zu gleichen Theilen, so geht auf jeden dieser Erben die Hälfte der ursprünglichen Forderung, aber auch die Hälfte der auf die Acceptilation gerichteten faciendi obligatio über. Hier zeigt sich also diese, in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts bestehende, Obligation unzweifelhaft als theilbar.

C. Die Obligation, welche auf eine Tradition gerichtet ist. Dieser wichtigste unter allen hierher gehörenden Fällen bedarf einer genaueren Untersuchung. Neuere

(l) *L.* 15 § 1 *de op. lib.* (m) *L.* 3 § 3, *L.* 5 *pr. de* (38. 1), *L.* 54 § 1 *de V. O. lib. leg.* (34. 3). (45. 1).

Schriftſteller pflegen dieſen Fall etwas zu umgehen, jedoch iſt bei ihnen eine überwiegende Neigung bemerkbar, in demſelben eine untheilbare Obligation anzunehmen. Ich halte dieſe Obligation entſchieden und ohne Ausnahme für theilbar.

Dieſe Frage muß jedoch in zwei einzelne Fragen zerlegt werden: 1. Iſt die Tradition ein facere, die traditionis obligatio eine faciendi obligatio? 2. Wenn ſie dieſes iſt, müſſen wir ſie deshalb für untheilbar halten?

Die erſte Frage müſſen wir, für das ältere Recht, je nach Umſtänden, bald verneinen, bald bejahen.

War die Rede von einer res nec mancipi (Geld, Schaf, Ziege u. ſ. w.), ſo war die Tradition kein facere, ſondern ein dare, indem ſie das Eigenthum ex jure quiritium ſogleich unmittelbar übertrug, ſo gut, als an einer res mancipi die Mancipation (n). Hier alſo müßte ſelbſt der oben (Note f) erwähnte Gegner die Theilbarkeit der tradendi obligatio einräumen, da ſich bei ihm der Zweifel und Widerſpruch blos auf die eigenthümliche Natur der faciendi obligatio bezog. — War dagegen die Rede von einer mancipi res (Italiſches Grundſtück, Sklave, Pferd u. ſ. w.), ſo war ſie kein dare, ſondern ein facere, indem durch ſie der Empfänger die Sache nicht ex jure quiritium, ſondern in bonis erwarb (o). — An ſolchen Sachen (namentlich

(n) Ulpian. Tit. 19 § 7.

(o) Ulpian. Tit. 19 § 3. Tit. 1 § 16.

an einem fundus) wird in der That die auf Tradition gerichtete Obligation eine faciendi obligatio genannt (p), und dieser Ausdruck hat den praktischen Sinn, daß aus einer solchen Obligation nicht auf dare, sondern auf dare facere oportere, mit einer incerti condictio, geklagt werden konnte (q).

Die zweite Frage (wegen der Untheilbarkeit der tradendi obligatio) müssen wir unbedingt verneinen, wenn wir den oben erklärten, in den Zwölf Tafeln wurzelnden, Standpunkt der Römischen Juristen (Note h) festhalten, und die Theilbarkeit und Untheilbarkeit lediglich nach natürlichen Gründen beurtheilen wollen. Denn die Tradition bewirkt stets Uebertragung des Besitzes, und unter gewissen Voraussetzungen zugleich Uebertragung des Eigenthums, welches nach altem Recht bald ex jure quiritium, bald in bonis war. Alle diese Rechtsverhältnisse nun, Besitz und Eigenthum in seinen historisch verschiedenen Gestalten, sind an sich durchaus theilbar (§ 30), also muß, nach natürlicher Betrachtung, auch die Obligation theilbar seyn, die auf Tradition gerichtet ist.

Folgende Erwägungen mögen dazu dienen, diese Behauptung gegen alle Zweifel zu sichern. Wenn Jemand

(p) *L.* 75 § 7, *L.* 72 *pr. de V. O.* (45. 1). Nur heißt es freilich anderwärts: „Si quis vacuam possessionem tradi promiserit, non *nudum factum* haec stipulatio continebit, sed *causam bonorum.*“ *L.* 52 § 1 *de V. O.* (45. 1).

(q) Savigny System B. 5. Beilage XIV. Num. XXXIV. Note d.

ein Landgut verkauft und vor der Tradition ſtirbt mit Hinterlaſſung von Zwei gleichberechtigten Erben, ſo geht das Eigenthum auf jeden Erben zur Hälfte über, und eben ſo zur Hälfte die tradendi obligatio (die Verpflichtung zur Uebernahme der actio emti), ſo daß dieſe Obligation als theilbar erſcheint. Wollte man nun etwa ſagen, Dieſes ſey wahr für den Kauf, aber nicht für die Stipulation, ſo müßte dieſe Unterſcheidung als ganz willkürlich verworfen werden, da beide Obligationen gleichmäßig unter demſelben Geſetz der Zwölf Tafeln ſtanden, welches die Theilung aller Obligationen unter den Erben vorſchrieb. — Eben ſo willkürlich und unnatürlich wäre es, die tradendi obligatio bei einem Schafe für theilbar zu halten, bei einem Pferde für untheilbar, weil die Tradition im erſten Fall den Namen dare führte, im zweiten Fall den Namen facere. — Ferner war es gewöhnlich, wenn die Mancipation eines Grundſtücks (das dare) durch Stipulation verſprochen war, eine zweite Stipulation über die Tradition hinzuzufügen (r); ja auch wenn dieſe zweite nicht hinzugefügt war; verſtand ſich doch die Verpflichtung zur Tradition von ſelbſt, als bloßer Zuſatz der Hauptobligation (s). — Indem nun beide Handlungen als Beſtand-

(r) *L.* 4 *pr. de usur.* (22. 1).

(s) *L.* 3 § 1 *de act. emt.* (19. 1) (In dieſer Stelle werden die Folgen der Stipulation an ſich, und die des Kaufs, genau getrennt). — Auf Fälle beider Art geht die merkwürdige Stelle bei Gajus Lib. 4 § 131. Der Berechtigte konnte beide Forderungen trennen, und zunächſt blos die Mancipation einklagen, mit Vorbehalt der ſpäteren Klage auf Tra-

theile einer und derselben Obligation erscheinen, ist aus der unzweifelhaften Theilbarkeit der einen Handlung (des dare) auf die Theilbarkeit der anderen (des tradere) zu schließen.

Aus diesen Gründen muß ich annehmen, daß niemals ein Römischer Jurist die Theilbarkeit der tradendi obligatio bezweifelt haben kann, und diese Annahme findet eine Bestätigung in dem Umstand, daß die alten Juristen in dieser Lehre gar nicht ängstlich mit den Ausdrücken verfahren, indem zuweilen in derselben Stelle die Ausdrücke dare und tradere mit willkürlicher Abwechslung gebraucht werden (t). — Und selbst wenn es in dieser Hinsicht im alten Recht anders gewesen seyn sollte (welches ich für unmöglich halte), so müßte wenigstens im Justinianischen Recht die Tradition unbedingt theilbar geworden seyn, indem sie hier ganz die Stelle der alten Mancipation eingenommen hat, also nunmehr allgemein, ohne Unterschied der Gegenstände, zu einem wahren dare erhoben worden ist.

Ich will jedoch nicht die Stelle verschweigen, die das Gegentheil zu sagen scheint, und ohne welche schwerlich unter unseren Schriftstellern ein Zweifel an der hier vorgetragenen Lehre entstanden seyn würde. Ulpian sagt

dition. Dann aber mußte er sich durch eine Präscription sicher stellen gegen die Consumtion aller Bestandtheile der ganzen Forderung.

(t) *L.* 85 § 6 (45. 1) (§ 31. h). Eben so auch in *L.* 137 § 3 *eod.* „sicut liberatur, qui se *daturum* spopondit, si quandoque *tradit*."

zuerſt, die Stipulation einer Prädialſervitut ſey untheilbar, und fügt dann hinzu, dieſelbe Untheilbarkeit müſſe behauptet werden von der Stipulation „fundum tradi," ſo wie von der auf ein opus gerichteten Stipulation, denn in allen dieſen Fällen würde jeder Verſuch einer thatſächlichen Theilung dem Sinn und Weſen der Stipulation widerſprechen (corrumpit stipulationem) (u).

Unter den neueren Schriftſtellern iſt aus dieſer Lage der Sache nicht geringe Verlegenheit entſtanden. Auf der einen Seite ſträubte ſich der geſunde praktiſche Sinn dagegen, die Verpflichtung zur Tradition für untheilbar zu erklären; auf der anderen Seite aber war der Buchſtabe des fundum tradi bei Ulpian zu mächtig, als daß demſelben die Anerkennung verſagt werden konnte. So geſchah es, daß man ſich in unfruchtbare, ſpitzfindige Unterſuchungen verlor über die Verſchiedenheit der Stipulationsformeln: rem tradi und vacuam possessionem tradi, und daß man unterſuchte, in welcher Ecke einer dieſer Formeln das Myſterium der Untheilbarkeit ſeinen geheimen Sitz habe (v).

(u) *L.* 72 *pr. de V. O.* (45. 1) „Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, ceterarumque servitutium. Idem puto et si quis *faciendum* aliquid stipulatus sit: *ut puta fundum tradi,* vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem."

(v) Eine beſonders deutliche Anſchauung dieſes Verfahrens gewährt Giphanius in L. 4 D. de V. O. Num. 68 sq., lecturae Altorph. p. 746, und Sc. Gentilis l. c. Cap. 17. Von den Schriftſtellern neueſter Zeit vgl. Ribbentrop S. 215. Schrvar p. 79. 81.

Wenn man aber die oben aufgeſtellten Gründe für die allgemeine, unbedingte Theilbarkeit der tradendi obligatio erwägt, womit die angegebene Behauptung Ulpian's in Widerſpruch treten würde, ſo muß man verſuchen, der hier ſehr kurz und unbeſtimmt erwähnten Stipulation: fundum dari eine Deutung und Ergänzung zu geben, wodurch jener Widerſpruch entfernt wird. Zu dieſer Deutung nun führt der Umſtand, daß bei den faciendi obligationes die Hinzufügung einer Geldſtrafe für den Fall der fehlenden Leiſtung nicht nur für die correctere Faſſung der Stipulation galt, ſondern auch überwiegend üblich war (w). Bei einer ſolchen Stipulation nun war das Thun nicht in obligatione, ſondern in conditione, woraus von ſelbſt folgte, daß es vollſtändig geleiſtet werden mußte, um die Strafe abwenden zu können, in dieſem Sinne alſo untheilbar war (§ 31. f). Ein ſolches Strafverſprechen aber, mit der eben angegebenen Wirkung, wurde nicht blos neben dem facere angewendet, ſondern auch neben dem dare, und ſelbſt neben einem urſprünglichen Geldverſprechen (§ 31. g. h). Die Wirkung war auch ganz dieſelbe, man mochte das dare blos als Bedingung ausdrücken (nisi fundum dederis, centum dare spondes?),

(w) *L.* 137 § 7 *de V. O.* (45. 1) „Si, ut aliquid fiat, stipulemur, *et usitatius et elegantius esse* Labeo ait, sic subjici poenam, si ita factum non erit.“ Das elegantius erklärt ſich daraus, daß gerade bei dem facere die freie Schätzung des Geldwerthes von Seiten des Richters oft vorzugsweiſe unſicher und willkürlich iſt, mehr, als bei dem dare.

oder ſcheinbar als ſelbſtſtändigen Gegenſtand einer Leiſtung voran ſtellen (fundum dare spondes? nisi fundum dederis, centum dare spondes?) (x). — Erwägen wir nun dieſe, bei den Römern üblichen, Geſchäftsformen, ſo werden wir der Stelle des Ulpian keine Gewalt anthun durch die Vorausſetzung, daß er die kurz und vorübergehend, durch die bloßen Anfangsworte (wie bei einer oft vorkommenden, allgemein bekannten, Formel) angedeutete Stipulation: fundum tradi in vollſtändiger Faſſung ſo dachte: fundum tradi, et nisi traditus erit, centum dari, bei welcher Faſſung dann die Untheilbarkeit nicht das geringſte Bedenken hat (y).

Man könnte verſuchen, die hier aufgeſtellte Erklärung durch die Bemerkung zu widerlegen, wir würden dadurch zu der Annahme genöthigt, Ulpian habe etwas ungleichartige Dinge vermiſcht, und alſo ein nicht ſtreng logiſches Verfahren eingeſchlagen. Dieſe Bemerkung iſt als wahr zuzugeben, aber als Einwurf gegen unſere Erklärung völlig abzulehnen. Denn genau daſſelbe, nicht ſtreng logiſche, Verfahren finden wir in der ganzen Behandlung dieſes Gegenſtandes bei den alten Juriſten, und namentlich in

(x) Der Beweis für dieſe ganz gleiche Bedeutung liegt in *L.* 44 § 6 *de O. et A.* (44. 7) (ſ. o. § 31. l).

(y) Nach dieſer Auslegung iſt alſo der Sinn der Worte: fundum tradi ganz derſelbe, wie ihn Paulus ausführlicher darlegt in *L.* 85 § 6 *de V. O.* (45. 1); beide Stellen ſind eigentliche Parallelſtellen.

den ausführlichſten Stellen des Paulus (y[1]). Es kann daher nicht als ein gegründeter Einwurf gegen unſere Erklärung des Ulpian anerkannt werden, wenn bei ihm daſſelbe Verfahren vorausgeſetzt wird.

III. Obligationen, die auf ein Unterlaſſen gerichtet ſind (non faciendi obligationes).

Hier wird von den Römern ganz ausdrücklich unterſchieden zwiſchen factum individuum und quod divisionem recipiat. Es wird alſo Alles auf die natürliche Theilbarkeit oder Untheilbarkeit in der Beſchaffenheit des Gegenſtandes der Leiſtung zurück geführt, und hiernach die Theilbarkeit der Obligation beurtheilt, namentlich im Verhältniß mehrerer Erben des Schuldners (z).

Es kommt hierin Alles darauf an, ob die Handlung, welche unterlaſſen werden ſoll, an ſich für Jeden gleich möglich iſt, oder ob ſich die Möglichkeit derſelben unter mehreren Erben vertheilt. Im erſten Fall iſt die Obligation ſelbſt untheilbar, im zweiten theilbar. Dieſer Gegenſatz aber wird meiſt zuſammen fallen mit dem Gegenſatz eines nichtjuriſtiſchen oder juriſtiſchen Handelns. Zwei Beiſpiele werden die Sache anſchaulich machen.

(y[1]) *L.* 2, *L.* 4, *L.* 85 *de V. O.* (45. 1). Beſonders *L.* 85 § 6 *de V. O.* (45. 1) hat genau denſelben Inhalt, welchen ich der Stelle des Ulpian zuſchreibe (Note y), und auch der Zuſammenhang der Gedanken iſt in beiden Stellen nicht weſentlich verſchieden.

(z) *L.* 4 § 1, *L.* 85 § 3 *de V. O.* (45. 1).

Wenn Jemand von ſeinem Nachbar ſtipulirt, per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere per fundum tuum liceat, ſo iſt dieſe Obligation untheilbar. Denn nach dem Tode des Schuldners kann eine thatſächliche Hinderung von allen Erben oder von einem derſelben ausgehen, und es iſt für das Intereſſe des Glaubigers ganz gleichgültig, von wem ſie ausgeht (aa).

Wenn dagegen ein Schuldner von ſeinem Glaubiger ſtipulirt, amplius non agi, und nun der Glaubiger ſtirbt, ſo iſt die Stipulation unter deſſen Erben getheilt, weil es ohnehin für jeden Erben nur möglich iſt, für ſeinen Erbantheil die urſprüngliche Klage anzuſtellen, alſo die Stipulation zu verletzen (bb).

Da nun hier bei der non faciendi obligatio ſo unzweideutig die Theilbarkeit der Obligation nach der natürlichen Beſchaffenheit der jedesmal vorliegenden Leiſtung beurtheilt wird, ſo liegt auch darin ein neuer Beweis, wie willkürlich und grundlos es iſt, wenn neuere Schriftſteller bei der faciendi obligatio einen anderen Maßſtab anlegen,

(aa) *L.* 4 § 1, *L.* 85 § 3 *de V. O.* (45. 1).

(bb) *L.* 4 § 1 *de V. O.* (45. 1). Ueber die Bedeutung dieſer Stipulation vgl. *L.* 15 *ratam rem* (46. 8). Sie iſt im Zweck und Erfolg verwandt dem pactum ne petatur. Eine ähnliche Natur hat die Stipulation: ratum haberi. *L.* 44 § 6 *fam. herc.* (10. 2). — Dagegen iſt untheilbar die poena compromissa zur Sicherung eines Schiedsgerichts. Denn hier ſind die möglichen Zuwiderhandlungen ſo mannichfaltig, daß ſie ſich gar nicht auf die Erbantheile zurückführen laſſen. *L.* 5 § 4 *de V. O.* (45. 1).

und eine allgemeine Regel der Untheilbarkeit an die Spitze ſtellen wollen, ohne Rückſicht auf die natürliche Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Leiſtung, die den Gegenſtand der Obligation ausmacht.

Faſſen wir die ſo eben angeſtellte Unterſuchung kurz zuſammen, ſo werden wir auf folgende einfache Regeln geführt:

I. Die Obligationen auf ein Geben ſind größtentheils theilbar. Untheilbar iſt die Obligation auf Errichtung einer Prädialſervitut.

II. Unter den Obligationen auf ein Thun giebt es theilbare und untheilbare, je nach der natürlichen Beſchaffenheit des Thuns. Der wichtigſte Fall einer untheilbaren Obligation dieſer Claſſe betrifft das opus.

III. Auch die Obligationen auf ein Unterlaſſen ſind bald theilbar, bald untheilbar, je nach der natürlichen Beſchaffenheit der Handlung, deren Unterlaſſen den Gegenſtand der Obligation bildet.

Anhangsweiſe ſind noch einige Fälle zu erwähnen, die von den Römiſchen Juriſten in der Reihe der untheilbaren Obligationen aufgeführt zu werden pflegen, die aber in der That eine ſehr abweichende Natur haben, und

deren nicht ganz logiſche Verbindung mit den eben abgehandelten Fällen nur zur Verwirrung der Begriffe gereichen kann.

1. Der erſte Fall dieſer Art betrifft die Obligation auf ein genus (z. B. die Lieferung eines nicht individuell beſtimmten Pferdes), ſo wie die alternative Obligation (cc). Dieſer Fall gehört deswegen nicht in die Reihe der untheilbaren Obligationen, weil er in faſt allen Beziehungen durchaus als theilbare Obligation behandelt wird. Wenn in einer ſolchen Obligation mehrere Glaubiger oder mehrere Schuldner ſtehen (etwa als Erben), ſo klagt jeder Glaubiger ſeine Quote ein, und jeder Schuldner kann auf ſeine Quote verklagt werden (dd). Nur in der einzigen Beziehung iſt dieſer Fall abweichend, daß nicht der Schuldner freiwillig einen Theil der Schuld abtragen kann mit der Wirkung einer ſicheren Tilgung dieſes Theiles. Geſetzt alſo, der Schuldner eines Pferdes liefert die intellectuelle Hälfte eines Pferdes, ſo iſt er dadurch noch nicht ſicher befreit von der Hälfte ſeiner Schuld. Denn es wäre möglich, daß er nun noch die Hälfte eines anderen Pferdes lieferte, und auf zwei Hälften verſchiedener Pferde kann Niemand reiten, da doch die Obligation dem Glaubiger den Anſpruch auf ein ganzes Pferd mit vier zuſammenhängenden Beinen gab. Es entſteht alſo durch die Lieferung

(cc) *L.* 2 § 1—4, *L.* 85 § 4 *de V. O.* (45. 1).

(dd) *L.* 2 § 3, *L.* 85 § 4 *de V. O.* (45. 1).

einer Hälfte eine unſichere Tilgung, ſo lange von ungewiſſer Wirkung, bis durch die Lieferung der anderen Hälfte deſſelben Pferdes die Schuld ganz getilgt iſt. Auf ähnliche Weiſe verhält es ſich auch bei der alternativen Obligation, z. B. Pferd oder Uhr, wenn etwa der Schuldner einſtweilen die Hälfte eines Pferdes liefern wollte, wodurch der Glaubiger in Gefahr käme, ſich mit einem halben Pferde und einer halben Uhr begnügen zu müſſen, ganz gegen den Sinn der Obligation (ee). In dieſen Fällen iſt es gleichgültig, ob eine ſolche unſichere getheilte Leiſtung von einem einzigen Schuldner, oder von einem der Erben des urſprünglichen Schuldners verſucht wird.

Abgeſehen von dieſer einzigen, ohnehin ſehr unerheblichen, Beziehung ſtehen die Obligationen der hier beſchriebenen Art ganz auf gleicher Linie mit allen theilbaren Obligationen. So kann bei ihnen ſelbſt eine Acceptilation theilweiſe vorgenommen werden, welche ſogleich vollſtändige Wirkung hervorbringt (ff).

Und auch die oben angegebene Einſchränkung gilt doch bei den generiſchen Obligationen nur, in ſofern von einem einzelnen Genus die Rede iſt. Wenn dagegen die Lieferung von Zehen Pferden verſprochen wird, ſo gilt

(ee) *L.* 2 § 1. 2, *L.* 85 § 4 *de V. O.* (45. 1), *L.* 26 § 13. 14 *de cond. ind.* (12. 6), *L.* 15 *de leg.* 2 (31. un.), *L.* 9 § 1 *de sol.* (46. 3), *L.* 34 § 10 *eod.*

(ff) *L.* 2 § 3 *de V. O.* (45. 1), *L.* 17 *de accept.* (46. 4).

Das als eine durch Zahl meßbare Quantität, so daß der Schuldner durch die Lieferung von Fünf Pferden sogleich zur Hälfte der Schuld sichere Befreiung erhält (gg).

2. Der zweite Fall betrifft die für eine mögliche Eviction eingegangene duplae stipulatio, die gleichfalls unter die untheilbaren Obligationen, aber mit Unrecht, gerechnet wird. Denn die wahre Leistung in dieser Obligation ist eine Geldzahlung, die so theilbar ist, wie jedes andere Geldversprechen. Untheilbar ist nur die Vertretung des Glaubigers (defensio), die allerdings vollständig, nicht zum Theil, gewährt werden muß, wenn sie die Verurtheilung in das doppelte Kaufgeld abwenden soll. Aber diese Vertretung ist nur ein Schutzmittel für den Schuldner, nicht Gegenstand der Obligation, und auf sie kann nicht geklagt werden. Also gehört diese Bestimmung gar nicht unter die untheilbaren Obligationen (hh).

3. Endlich wird noch erwähnt der Fall der drei Theilungsklagen. Wenn in einer solchen, nach der Litiscontestation, eine Partei stirbt, so sollen die Erben nicht theilweise den Rechtsstreit fortführen dürfen. Sie sollen vielmehr Alle vereinigt den Streit fortführen, oder einen

(gg) *L.* 54 *pr.*, *L.* 117 *de V. O.* (45. 1). Vgl. *L.* 29 *de sol.* (46. 3).

(hh) *L.* 85 § 5, *L.* 4 § 2 *de V. O.* (45. 1), *L.* 139 *eod.*, *L.* 62 § 1 *de evict.* (21. 2). In der Erklärung dieser Stellen finden sich im Einzelnen manche Schwierigkeiten. Vgl. Ribbentrop S. 197—214.

gemeinſamen Procurator beſtellen (ii). Dieſe Vorſchrift hat eine blos prozeſſualiſche Natur, iſt aber ſehr zweckmäßig, ſchon deswegen, weil in dieſen Klagen jede Partei zugleich Kläger und Beklagter iſt, eine Theilung unter den Erben alſo große Verwickelungen herbeiführen könnte.

§. 33.

IV. Gegenſtand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leiſtungen (Fortſetzung).

Nachdem zuerſt die verſchiedenen Geſichtspunkte für theilbare Obligationen aufgeſtellt (§ 31), dann aber die einzelnen Fälle der untheilbaren angegeben worden ſind (§ 32), iſt nunmehr der praktiſchen Behandlung der untheilbaren Obligationen näher zu treten, womit unſere geſammte Aufgabe erledigt ſeyn wird.

Wir müſſen dabei zunächſt auf die bereits erwähnten Geſichtspunkte zurückgehen, an deren Ordnung wir uns anzuſchließen haben werden.

I. Im Verhältniß Eines Glaubigers zu Einem Schuldner macht die Behandlung der untheilbaren Obligationen nicht die geringſte Schwierigkeit. In dieſem Verhältniß zeigte ſich die Wirkung der Theilbarkeit darin, daß der Glaubiger ſein Recht theilweiſe, durch wiederholte Kla-

(ii) *L.* 48 *fam. herc.* (10. 2).

gen, verfolgen, der Schuldner ſeine Schuld theilweiſe, durch wiederholte Erfüllungen, tilgen konnte. Dieſe zweifache Möglichkeit fällt bei den untheilbaren Obligationen hinweg, die ihrer Natur nach nur im Ganzen eingeklagt und getilgt werden können. Dieſer Unterſchied aber von den theilbaren Obligationen iſt nicht einmal von großer praktiſcher Erheblichkeit.

II. Wenn mehrere Glaubiger, oder mehrere Schuldner, in einer und derſelben Obligation urſprünglich vorhanden ſind, ſo iſt bei den theilbaren Obligationen die Regel die, daß die Obligation unter dieſen Mehreren ipso jure getheilt iſt. Neben dieſer Regel aber ſteht die mögliche Ausnahme, die durch beſondere Willkür der Betheiligten herbeigeführt werden kann, nach welcher die Obligation nicht getheilt iſt, ſondern auf jeden Glaubiger oder jeden Schuldner als Ganzes ſich bezieht. Dieſe Ausnahme bildet die oben abgehandelte wichtige Lehre von den Correalobligationen.

Nun iſt es einleuchtend, daß die eben erwähnte Regel bei den untheilbaren Obligationen gar nicht durchgeführt werden kann, und unſere Aufgabe geht nun dahin, für dieſe Regel ein Surrogat aufzuſuchen.

Dagegen iſt die Ausnahme (die Correalobligation) bei den untheilbaren Obligationen völlig eben ſo ausführbar, wie bei den theilbaren.

III. Wenn ein Gläubiger oder ein Schuldner stirbt, und mehrere Erben hinterläßt, so ist unter diesen die Forderung oder die Schuld ipso jure getheilt.

Auch diese Regel ist unausführbar bei den untheilbaren Obligationen, und unsere Aufgabe geht gleichfalls dahin, ein Surrogat für die Regel zu finden (a).

Wir suchen also hier für die untheilbaren Obligationen Surrogate unausführbarer Regeln in zwei Fällen, die

(a) Ich habe mich hier auf die Hauptfälle beschränkt, worin untheilbare Obligationen Schwierigkeit machen können, um nicht den Gang der Untersuchung durch zu viel Einzelnes zu stören. Es kommen aber außerdem noch folgende Fälle vor. 1. Die L. Falcidia hatte verordnet, daß der Erbe bei einer überlasteten Erbschaft von jedem Legat so viel zurückbehalten dürfe, als zu einem Reinertrag von dem vierten Theil der Erbschaft nöthig wäre. Bei theilbaren Obligationen geschah Dieses unmittelbar durch Abrechnung, bei untheilbaren erhielt der Legatar das volle Legat, mußte aber den dadurch dem Erben fehlenden Werth in Geld heraus zahlen. *L.* 80 § 1 *ad L. Falc.* (35. 2). — 2. Paulus sagt in *L.* 2 § 4 *de V. O.* (45. 1): Idemque est in ipso promissore, et fidejussoribus ejus, quod diximus in heredibus.“ Diese ungenau ausgedrückte Stelle läßt mancherlei Deutungen zu. Vielleicht dachte dabei Paulus blos an die unmittelbar vorher erwähnten Einschränkungen bei generischen und alternativen Obligationen, von denen er gesagt hatte, daß sie auch bei den Erben des Schuldners einträten, und von denen er jetzt Dasselbe bei den Bürgen bemerken will. Vielleicht wollte er sagen, die ep. D. Hadriani (das beneficium divisionis) falle weg bei untheilbaren Obligationen. Vielleicht ist fidejussoribus eine Interpolation, und Paulus sprach von sponsoribus, deren Anspruch aus der L. Furia auf Theilung ipso jure (Gajus III. 121) bei untheilbaren Obligationen gleichfalls wegfallen mußte (Scheurl p. 24). Jede dieser an sich möglichen Deutungen führt zu einem unzweifelhaft richtigen Resultat. Es ist also gleichgültig, worin der wirkliche Gedanke des Paulus bestand.

an ſich verſchieden, aber nahe verwandt ſind. Dieſe zwei Fälle verſchieden zu behandeln, iſt kein innerer Grund vorhanden, ſo daß wir vielmehr eine gleichartige Behandlung erwarten dürfen. Auch wird ſich dieſe in der Folge durch quellenmäßige Zeugniſſe beſtätigen.

Der erſte der beiden angegebenen Fälle (urſprünglich mehrere Glaubiger oder Schuldner) wird ungleich ſeltener erwähnt, als der zweite (Erben eines urſprünglichen Glaubigers oder Schuldners). Am häufigſten kommt er noch vor bei Teſtamenten, worin der Erblaſſer eine untheilbare Obligation als Legat mehreren ſeiner Erben zu entrichten auflegt. Eine Entſtehung dieſes Falles durch Vertrag finde ich nur einmal erwähnt von Paulus (b), welcher von einer Prädialſervitut ſpricht, deren Errichtung mehrere Miteigenthümer deſſelben Grundſtücks durch Stipulation ſich verſprechen laſſen. Der Grund dieſer ſeltenen Erwähnung liegt wohl in der Schwierigkeit der Ausführung eines ſolchen Vertrags. Daher wird man ſich wohl meiſt geholfen haben, indem man entweder gar keine Obligation in die Mitte ſtellte, ſondern gleich unmittelbar die Wirkung einer Obligation herbei zu führen ſuchte (z. B. durch Errichtung einer Prädialſervitut vermittelſt der in jure cessio), oder aber, indem man eine Correalobligation eintreten ließ (z. B. bei einem von Mehreren übernommenen Bauwerk), wobei keine Schwierigkeit und kein Zweifel eintrat. Man

(b) *L.* 19 *de serv. praed. rust.* (8. 3).

brauchte nun kein Surrogat, weil man die Regel selbst umging. — Anders verhält es sich mit mehreren Erben. Deren Eintritt ist niemals vorherzusehen, noch durch Vorsicht zu verhüten. Daher wird denn auch der zweite Fall so viel häufiger erwähnt, als der erste.

Für den Fortgang der Untersuchung wird es förderlich seyn, wenn wir uns durch eine vorläufige Betrachtung klar zu machen suchen, durch welche Mittel unsere doppelte Aufgabe gelöst, also ein Surrogat für die zwei angegebenen unausführbaren Regeln gefunden werden konnte. Es bieten sich dazu drei verschiedene Wege dar.

A. Eine natürliche und billige Auskunft kann darin gefunden werden, daß sich die mehreren, neben einander stehenden, Personen zu einem gemeinsamen Handeln einigen, indem sie klagen oder verklagt werden durch einen Procurator, den sie gemeinschaftlich aufstellen. Daß Dieses durch freiwilligen Entschluß stets möglich ist, kann auch ohne besondere Vorschrift keinen Zweifel haben. Bei mehreren Glaubigern wird eine solche Einigung auch nicht selten dadurch bewirkt werden, daß ihr gemeinsamer Vortheil die Beschleunigung des Ausgangs wünschenswerth macht (c); seltener wird sie unter mehreren Schuldnern zu Stande kommen, weil diese, wenn sie es überhaupt zur Klage kommen lassen, vielmehr suchen werden, den Austrag der

(c) Es entsteht dann durch freie Einigung dasselbe Verhältniß, welches für die active Correalschuld von dem Preußischen Landrecht allgemein vorgeschrieben ist, s. o. § 27. b.

Sache zu hemmen. Dann würde es einer gesetzlichen Vorschrift, eines Zwanges zum gemeinsamen Handeln, bedürfen, der aber dem Gang des Römischen Prozesses weniger entsprechend ist, als unserer heutigen Prozeßgesetzgebung (d).

B. Eine andere mögliche Auskunft liegt darin, daß man die untheilbare Obligation als eine solidarische behandelt, also ähnlich einer Correalschuld. — Es wird gezeigt werden, daß dieser Weg in der That eingeschlagen worden ist, jedoch nur, wenn mehrere Schuldner neben einander stehen.

C. Eine dritte Auskunft mußte den Römischen Juristen sehr nahe liegen. Seit der Einführung des Formular-Prozesses konnten alle Verurtheilungen nur auf baares Geld gerichtet werden (e). Wenn man nun diesen unfehlbaren Ausgang des Rechtsstreits in Gedanken auf den Anfang desselben übertrug, so wurde dadurch jede an sich

(d) Nur in zwei ganz einzelnen Fällen wird hier ein Zwang zur Bestellung eines gemeinsamen Procurators erwähnt. Erstlich bei den Theilungsklagen, wenn eine Partei während des Prozesses stirbt (§ 32. vi). Zweitens bei der cautio judicatum solvi, so lange bei derselben noch die (an sich untheilbare) cautio de re defendenda in Betracht kommt. *L.* 5 § 7, *L.* 6. *jud. solvi* (46. 7). Sobald das Urtheil gesprochen ist, also nur noch Geld zu zahlen bleibt, ist diese Obligation völlig theilbar, also keine künstliche Maßregel mehr nöthig. *L.* 2 § 2 *de sep. pract.* (46. 5). In dieser letzten Stelle enthalten die Worte: quamvis possit dici etc. nur einen Zweifelsgrund, der sich aber durch die angegebene Unterscheidung beseitigt, so daß also kein Widerspruch zwischen den eben angeführten Stellen anzunehmen ist.

(e) Gajus Lib. 4 § 48.

untheilbare Obligation völlig theilbar. Denn die Verpflichtung zu einer Prädialſervitut oder zur Anfertigung eines opus löſ't ſich nun in eine Geldſchuld auf, und alle Geldſchulden ſind theilbar. — Es wird gezeigt werden, daß dieſer Weg für den Fall mehrerer neben einander ſtehenden Glaubiger in der That eingeſchlagen worden iſt. In Anwendung auf mehrere Schuldner wird dieſe Auskunft nur als die vereinzelte Meinung eines älteren Juriſten erwähnt (§ 34. n). Indeſſen hätte dafür noch der Grund geltend gemacht werden können, daß dieſe Behandlung unzweifelhaft eintritt, wenn eine untheilbare Leiſtung nicht zum Gegenſtand der Obligation gemacht, ſondern vielmehr nur als die Bedingung ausgedrückt wird, in deren Ermangelung eine bedungene Geldſtrafe eintreten ſoll. Denn dieſe Geldſtrafe iſt, ſo wie jede Geldſchuld, ſtets theilbar (§ 31. o, § 34. p).

In der praktiſchen Behandlung der untheilbaren Obligationen iſt nun zuerſt völlig zu unterſcheiden die Lage mehrerer Schuldner von der Lage mehrerer neben einander ſtehenden Glaubiger. Der innere Grund dieſer Unterſcheidung liegt aber darin. Wenn der urſprüngliche Schuldner ſtirbt, und mehrere Erben hinterläßt, ſo kann dadurch der Glaubiger in ſeiner rechtsbegründeten Erwartung, daß er nur mit Einem Schuldner zu thun haben werde, beeinträchtigt werden, und der hieraus entſtehende

Nachtheil ist so viel als möglich zu verhüten. Ein ähnlicher Nachtheil für den Schuldner kann aber nicht eintreten, wenn der Gläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, da ihm die Leistung an Mehrere nicht schwerer werden wird, als die an einen Einzelnen.

Die hier aufgestellte Ansicht hat in unseren Rechtsquellen mannichfaltige Anerkennung gefunden, theils in unmittelbar praktischen Regeln, theils als Grund eines Zweifels für manche Fälle. Es hat sich daraus der wichtige allgemeine Grundsatz gebildet, daß bei untheilbaren Obligationen jeder Erbe des Schuldners in solidum verpflichtet ist (f).

§. 34.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen (Fortsetzung).

Ueber die praktische Behandlung der einzelnen Fälle untheilbarer Obligationen sind folgende Regeln zu bemerken:

A. Wenn mehrere Schuldner neben einander stehen.

(f) *L.* 192 *pr. de R. J.* (50. 17) „Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur.“ — Vgl. *L.* 2 § 2 *de V. O.* (45. 1) „non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur.“ *L.* 2 § 2 *de stipul. praet.* (46. 5) in den Worten: quamvis possit dici etc., worüber die Note d. zu vergleichen ist.

I. Obligation auf Errichtung einer Prädialservitut (dandi obligatio).

Unter mehreren Erben des ursprünglichen Schuldners ist Jeder in solidum verpflichtet; er kann aber Das, welches er ganz gezahlt hat, von seinen Miterben theilweise ersetzt verlangen mit der actio familiae herciscundae, und zwar nach Verhältniß der Erbtheile (a).

Völlig dieselbe Regel ist auch anzuwenden auf mehrere ursprüngliche Schuldner. Hat also ein Testator seinen zwei Erben die Verpflichtung auferlegt, dem Nachbar eine Prädialservitut zu errichten, so kann Jeder dieser beiden Schuldner in solidum verklagt werden, und er hat dann den Regreß gegen den Mitschuldner (b).

Verwandt mit diesen beiden Regeln, aber nicht damit zu verwechseln, ist eine Regel, welche die confessorische Klage bei einer schon errichteten Prädialservitut betrifft. Der Inhaber der Servitut, welcher mehreren Miteigenthümern des belasteten Grundstücks (z. B. mehreren Miterben) gegenüber steht, kann gegen Jeden derselben confessorisch in solidum klagen (c).

(a) *L.* 2 § 2, *L.* 72 *pr. de V. O.* (45. 1), *L.* 25 § 10 *fam. herc.* (10. 2), *L.* 17 *de serv.* (8. 1). — Ueber den Zusammenhang dieses Regreßrechtes mit den allgemeinen Regeln über die Correalschulden vgl. oben § 23 g.

(b) *L.* 25 § 11 *fam. herc.* (10. 2), *L.* 11 § 24 *de leg.* 3 (32. un.), *L.* 80 § 1 *ad L. Falc.* (35. 2).

(c) *L.* 4 § 4 *si serv.* (8. 5), *L.* 7 *de serv. leg.* (33. 3). In dieser letzten Stelle ist von der Vindication der Servitut die Rede, welches ein legatum vindicationis voraussetzt. Daher gehört die Stelle nicht zu unserer hier

II. Obligation auf Ausführung eines opus (faciendi obligatio).

Der Fall mehrerer Erben des urſprünglichen Schuldners, der ſonſt ſo häufig vorkommt, wird hier nicht beſonders erwähnt. Dagegen findet ſich in einer ſchon oben mitgetheilten Stelle (d) der allgemeine Ausſpruch, daß eine ſolche Obligation ganz auf gleicher Linie ſtehe mit der Obligation auf Errichtung einer Prädialſervitut, daß ſie völlig untheilbar ſey, und daß jeder Verſuch, ſie zu theilen, die Stipulation corrumpiren würde. Dieſer Ausſpruch umfaßt in ſeiner Allgemeinheit beide Fälle: den Fall mehrerer Erben des Schuldners, und den Fall mehrerer urſprünglichen Schuldner.

Dieſer letzte Fall aber wird in einer Reihe von Stellen beſonders erwähnt, in welchen die Rede iſt von einem Legat, wodurch mehreren Miterben die Errichtung eines opus auferlegt iſt (e). Von dieſem Legat wird

unmittelbar vorliegenden Frage, welche ein damnationis legatum, als Entſtehungsgrund einer Obligation, vorausſetzt, und worauf ſich die Stellen in der Note b. beziehen.

(d) *L.* 72 *pr. de V. O.* (45. 1), abgedruckt in § 32. u. Von den Worten: fundum tradi in dieſer Stelle iſt in dem § 32. ausführlich die Rede.

(e) *L.* 85 § 2 *de V. O.* (45. 1), *L.* 11 § 23. 24 *de leg.* 3 (32. un.), *L.* 44 § 8 *fam. herc.* (10. 2), *L.* 80 § 1 *ad L. Falc.* (35. 2). — Ein Zweifel könnte entſtehen aus *L.* 49 § 4 *de leg.* 2 (31. un.), nach welcher der Erbe, dem ein Erbtheil accrescirt, auch für dieſen Theil beitragen ſoll zu einem den Erben auferlegten opus. Dieſes bezieht ſich aber nicht auf das Verhältniß zum Gläubiger (der gegen jeden Erben in solidum

geſagt, daß jeder Miterbe in solidum verpflichtet ſey, daß er aber, wenn er das ganze opus errichtet habe, oder dafür im Wege des Prozeſſes zur Geldentſchädigung verurtheilt ſey, den Regreß gegen die Miterben mit der familiae herciscundae actio habe. Für dieſe Regeln werden noch als Beſtätigung die Reſcripte mehrerer Kaiſer angeführet. — Der ganze Fall wird alſo völlig gleich behandelt mit dem Fall der Obligation auf Errichtung einer Prädialſervitut.

Damit ſcheint alſo für den Fall des opus Alles klar und entſchieden. Und dennoch wird von den meiſten neueren Schriftſtellern eine ganz abweichende Lehre vorgetragen. Der Beweis wird hergenommen aus derſelben Stelle des Ulpian, deren erſte Hälfte ſo eben als Zeugniß für die richtige Lehre an die Spitze geſtellt worden iſt (f). Auf dieſe, ſchon oben mitgetheilte, erſte Hälfte jener Stelle folgen nämlich dieſe Worte:

> Celsus tamen lib. 38. Digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem. Secundum quem Celsus ait posse dici, juxta aestimationem facti dandam esse petitionem.

klagen kann), ſondern auf die ſpätere Ausgleichung unter den Miterben.

(f) *L.* 72 *pr. de V. O.* (45. 1), ſ. o. § 32. u.

Bekanntlich findet ſich eine große Zahl von Stellen in den Digeſten, worin der Verfaſſer ſeine Meinung über eine vorliegende Frage nicht unmittelbar ſelbſt vorträgt, ſondern darüber blos die Meinung eines Anderen angiebt, die er eben dadurch ſtillſchweigend billigt, und als Ausdruck ſeiner eigenen Meinung benutzt. So iſt denn auch die hier vorliegende Stelle von den allermeiſten Schriftſtellern aufgefaßt worden, und um den Widerſpruch mit den übrigen Zeugniſſen zu entfernen, wurde nun auf ſehr ſubtile Weiſe unterſchieden, unter welchen Vorausſetzungen die faciendi obligatio untheilbar ſey, unter welchen dagegen ſie in eine Geldſchuld aufgehe, wodurch ſie dann theilbar werde.

Am Ausführlichſten hat dieſe Erklärung der Stelle Donellus in folgender Weiſe durchgeführt (g). Die Verpflichtung zu einem opus iſt zunächſt eine reine faciendi obligatio, und als ſolche völlig untheilbar. Allein in den erſten Tagen und Wochen kann man doch dem Schuldner keinen Vorwurf darüber machen, daß er einen vielleicht großen, weitläufigen Bau noch nicht ausgeführt habe; vielmehr muß man den Ablauf der Zeit abwarten, in welcher die Ausführung möglich geweſen wäre. Von dieſem Zeit-

(g) Donellus in tit. D. de verb. oblig., L. 72, N. 25 sq. N. 50 sq. — Ihm ſind die meiſten Neueren gefolgt, wenngleich nicht ohne manche Abweichungen im Einzelnen. Vgl. Ribbentrop S. 223—227. S. 231, Scheurl p. 35—37. p. 40. p. 102. — Auch ſchon Sc. Gentilis l. c., am Schluß des letzten Kapitels, bekennt ſich in wenigen Worten zu derſelben Meinung.

punkt an tritt eine weſentliche Verwandlung der Obligation ein. An die Stelle der urſprünglichen faciendi obligatio tritt jetzt eine Geldſchuld auf das Intereſſe, und dieſe iſt, ſo wie jede Geldſchuld, völlig theilbar, ſo daß alſo dieſe ganze Obligation, von der Zeit an, in welcher ſie überhaupt eingeklagt werden kann, ſtets theilbar iſt (h).

Aus folgenden Gründen halte ich dieſe ganze Lehre für völlig verwerflich.

Erſtlich wird in mehreren Stellen, unterſtützt durch ein kaiſerliches Reſcript, die vollkommen gleiche Behandlung der Obligationen auf eine Servitut und auf ein opus, ausgeſprochen (i). Da nun die Obligation auf eine Servitut, welches Niemand bezweifelt, von Anfang bis zu Ende untheilbar iſt, und daher auf mehreren Schuldnern ſolidariſch haftet (Note a. b), ſo muß nothwendig Daſſelbe auch für die Obligation auf ein opus angenommen werden.

(h) Die ganze Erklärung geht darauf aus, den Widerſpruch zu vermitteln zwiſchen der von Ulpian Anfangs behaupteten Untheilbarkeit der operis obligatio („*Idem puto*, et si quis“...) und der nachher von Tubero (und angeblich auch von Ulpian) angenommenen Theilbarkeit. Die Vermittlung wird nun geſucht in den Worten: „*si non fuerit factum*, pecuniam dari oportere.“ Dieſe Worte ſollen heißen: ſobald die Zeit der möglichen Ausführung verſtrichen iſt, verwandelt ſich die (untheilbare) faciendi obligatio in eine (theilbare) Geldſchuld. — Eine nur ſcheinbare Unterſtützung liegt in *L.* 14, *L.* 84 *de V. O.* (45. 1), nach welchen Stellen allerdings nicht geklagt werden kann, ſo lange die Ausführung noch nicht möglich war. Allein dieſe Stellen ſagen kein Wort davon, daß von dieſer Zeit an die Natur und der Gegenſtand der Klage ſich verändere.

(i) *L.* 11 § 24 *de leg.* 3 (32. un.), *L.* 80 § 1 *ad L. Falc.* (35. 2), *L.* 72 *pr. de V. O.* (45. 1) in den Worten: „*Idem puto*, et si quis“...

Zweitens wird von mehreren einzelnen Schuldnern eines opus ausdrücklich gesagt: in solidum tenentur (k). Dieser Ausdruck aber hat nicht nur in unserer gegenwärtigen Lehre, sondern überall, wo von Correalschulden die Rede ist, keine andere Bedeutung, als die, daß jeder einzelne Schuldner auf die ganze Schuld sich muß verklagen und verurtheilen lassen, ganz im Widerspruch mit der Lehre des Donellus. Diesem Einwurf sucht Donellus dadurch vorzubeugen, daß er hier dem Ausdruck: in solidum tenentur eine ganz andere, willkürliche Deutung giebt. Es soll damit gesagt werden, wenn Einer der Schuldner durch freiwillige Leistung die Klage abwenden wolle, so müsse er das ganze opus ausführen; auf den Inhalt und Erfolg der Klage selbst soll der Ausdruck nicht gehen (l).

Endlich erscheint jene Lehre noch besonders verwerflich, wenn man erwägt, von welcher Zeit an, und aus welchem Grunde, die angebliche Verwandlung der Obligation vor sich gehen soll. Die solidarische Obligation ist überall ein Vortheil des Glaubigers, ein Nachtheil für die Schuldner.

(k) *L.* 11 § 23 *de leg.* 3 (32. un.), *L.* 80 § 1 *ad L. Falc.* (35. 2), *L.* 85 § 2 *de V. O.* (45. 1).

(l) Eine schwache Unterstützung dieser Behauptung könnte gesucht werden in den besonderen Umständen des Rechtsfalles, worauf sich das Rescript in *L.* 11 § 23 *de leg.* 3 (32. un.) bezieht. Die Kaiser wollen den guten Willen der anfragenden Procula unterstützen, durch freiwillige Leistung die Klage abzuwenden. Wenn es dennoch zur Klage gegen die Procula gekommen wäre, hätte sie gewiß den vollen Geldwerth des opus zahlen müssen.

Von dieſem Nachtheil nun ſollen die Schuldner befreit werden in dem Zeitpunkt, in welchem man ihnen zuerſt eine tadelnswerthe Verſäumniß, alſo eine entſchiedene Rechtsverletzung, vorwerfen kann. Eine umgekehrte Verwandlung der Obligation hätte offenbar noch mehr Sinn, als dieſe. — Es iſt aber noch beſonders zu bemerken, daß überhaupt kein Fall vorkommt, in welchem eine Obligation, die einmal als ſolidariſch angefangen hat, dieſe Natur in der Folge verändert, und in den Zuſtand einer getheilten Obligation übergeht.

Das Gewicht dieſer Gründe würde die ganze bisher geprüfte Erklärung ſchwerlich haben aufkommen laſſen, wenn man nicht das unabweisliche Bedürfniß vorausgeſetzt hätte, die Meinung des Ulpian, die er mit ſeinen eigenen Worten vorträgt („Idem puto" etc.) mit der Meinung des Tubero, die von Ulpian gleichfalls als ſeine eigene Meinung anerkannt ſeyn ſoll, zu identificiren, welche ſchwere Aufgabe man nur auf dem Wege der oben dargeſtellten Unterſcheidung von zwei Stadien in demſelben Rechtsverhältniß löſen zu können glaubte. Aber gerade jene Vorausſetzung iſt es, die ich durchaus verwerfen muß. Wenn die alten Juriſten einen fremden Ausſpruch anführen, um denſelben als den Ausdruck ihrer eigenen Meinung zu benutzen, ſo geſchieht es gewöhnlich ſo, daß ſie über eine aufgeworfene Rechtsfrage ſich nicht ſelbſt ausſprechen, ſondern einen (ſtillſchweigend gebilligten) anderen Schriftſteller für ſich reden laſſen. In unſerer

Stelle aber hatte sich Ulpian bereits ganz bestimmt, und ohne Andeutung eines Zweifels, über die Frage selbst ausgesprochen, und nun konnte ein fremder Ausspruch nicht mehr zu jenem Zweck dienen, nur etwa zur Bestärkung der eigenen Meinung, oder umgekehrt, um zu bemerken, daß die Frage controvers sey. — Erwägen wir unbefangen diese Umstände, so werden wir folgende Erklärung der gesammten Stelle eben so einfach und natürlich finden, als befriedigend für die vorliegende Frage im Ganzen. Ulpian sagt zuerst, die Obligation zur Errichtung einer Servitut sey untheilbar. Er sagt ferner, ganz Dasselbe gelte (Idem puto) von der Obligation zu einem opus. Damit ist die Sache selbst erschöpft, und Ulpian findet sich in völliger Uebereinstimmung mit allen übrigen Stellen in den Digesten, nur ohne die nothwendigen Folgen jener Untheilbarkeit (Solidarität und Regreß) hier zu erwähnen, die er stillschweigend voraussetzt. Am Ende aber, und zum Ueberfluß, fügt er noch eine literarische Curiosität hinzu von folgendem Inhalt:

> „Es muß jedoch bemerkt werden, daß, nach der Erzählung des Celsus, Tubero einmal eine ganz andere Meinung aufgestellt hat. Nach ihm soll die Obligation zu einem opus („ubi *quid fieri* stipulemur"), wenn Dieses nicht geleistet wird, sogleich in eine Geldschuld verwandelt seyn („pecuniam dari oportere"), und also (wie jede Geldschuld) theilbar werden. Celsus fügt

hinzu, nach dieſer Meinung des Tubero müſſe die Klage ſelbſt gerichtet werden auf den in Geld abgeſchätzten Werth des opus" (m).

Nach dieſer Erklärung iſt in der ganzen Stelle des Ulpian nicht die Rede von einer nach Zeiträumen verſchiedenen Behandlung der operis obligatio, ſondern von zwei entgegengeſetzten, völlig unvereinbaren, Meinungen, deren eine nur als eine faſt verſchollene Merkwürdigkeit aus ſehr alter Zeit angeführt wird (n). Dadurch wird die völlig gleiche Behandlung der Obligationen auf eine Servitut und auf ein opus außer Zweifel geſetzt.

III. Obligation auf eine untheilbare Unterlaſſung (§ 32. z. aa. bb).

Der Grundſatz iſt hier derſelbe, wie in den vorhergehenden Fällen. Wenn alſo auch nur Einer der Mit-

(m) Dieſe Schlußbemerkung iſt deshalb nicht unwichtig, weil aus ihr klar hervorgeht, daß Tubero an eine reine operis stipulatio, ohne hinzugefügte Geldſtrafe, gedacht hat. Denn neben einer poenae stipulatio kann von einer Abſchätzung des Werthes nicht die Rede ſeyn. Vgl. Note p.

(n) Zur Unterſtützung dieſer Erklärung können noch folgende Umſtände dienen. Wenn Ulpian und ſeine Zeitgenoſſen bei der Erörterung praktiſcher Fragen ältere Autoritäten benutzen wollen, ſo gehen ſie nicht leicht bis auf die Stifter der zwei Schulen (Labeo und Capito) zurück, noch weniger auf Schriftſteller aus der Zeit der Republik. Ferner hat ſich Ulpian nicht einmal die Mühe gegeben, die Schrift des Tubero ſelbſt einzuſehen, er führt ſie nur an aus Celſus, der übrigens auch weit entfernt iſt, eine Uebereinſtimmung mit Tubero kund zu geben. Endlich iſt noch zu bemerken, daß die Schriften des Tubero wegen ihrer alterthümelnden Schreibart unbeliebt waren. *L.* 2 § 46 *de O. J.* (1. 2). — Der einzige neuere Schriftſteller, bei welchem ich die hier aufgeſtellte Erklärung finde, iſt Merenda controvers. Lib. 8 C. 28.

ſchuldner die Handlung, welche unterbleiben ſollte, vornimmt, ſo ſind Alle in solidum verpflichtet, weil für den Glaubiger die Perſon, die ihn in ſeinem gerechten Anſpruch auf Unterlaſſung ſtört, gleichgültig iſt. — In der Art des Regreſſes unter den Mitſchuldnern findet ſich aber folgender, in der Natur der Sache liegender, Unterſchied. Bei den vorhergehenden Obligationen (Servitut und opus) geht der Regreß dahin, daß jeder Mitſchuldner die dem klagenden Glaubiger zugeſprochene Leiſtung pro rata trage, alſo jeder Miterbe nach Verhältniß ſeiner Erbportion. Bei der Obligation auf eine untheilbare Unterlaſſung bewirkt der Regreß, daß der einzelne Urheber der Rechtsverletzung die Leiſtung an den Glaubiger ausſchließend trage, die übrigen Mitſchuldner davon völlig frei gehalten werden (o).

Blicken wir zurück auf die hier zuſammengeſtellten Fälle der untheilbaren Obligationen (Servitut, opus, Unterlaſſung), ſo finden wir überall einen und denſelben Grundſatz durchgeführt: mehrere Schuldner ſind hier in

(o) *L.* 2 § 5, *L.* 3 *pr.* § 1, *L.* 4 *pr.* § 1, *L.* 85 § 3, *L.* 131 *pr. de V. O.* (45. 1), *L.* 25 § 12, *L.* 44 § 5 *fam. herc.* (10. 2). — Bei neueren Schriftſtellern iſt häufig ein ungegründeter Zweifel entſtanden, indem in *L.* 4 § 1 *de V. O.* (45. 1) die Conſtruction der Worte: „Sed videamus ne“ etc. mißverſtanden wurde. Man muß ſich überzeugen, daß in dieſer Stelle Paulus mit Cato nicht im Widerſpruch ſteht, ſondern völlig einverſtanden iſt. Dieſer Punkt iſt ganz befriedigend ausgeführt worden von. Schnurr p. 26—29.

solidum verpflichtet. Wir müſſen jedoch feſt im Auge behalten, daß dieſer Grundſatz nur anzuwenden iſt, wenn in der That dieſe untheilbaren Obligationen als ſolche in Betracht kommen, alſo wenn die Stipulation ſelbſt auf eine Servitut, ein opus, eine Unterlaſſung, gerichtet iſt. Ganz anders verhält es ſich, wenn jene Leiſtungen nicht in obligatione, ſondern in conditione ſind, indem eine Geldſtrafe verſprochen wird für den Fall, daß die Servitut oder das opus nicht errichtet werde, oder die Unterlaſſung nicht eintrete. Denn nun iſt die Obligation ſelbſt auf eine Geldzahlung gerichtet, und eine ſolche Obligation iſt ſtets theilbar (p).

Durch die hier aufgeſtellten Regeln über das Verhältniß mehrerer Schuldner bei untheilbaren Obligationen iſt nun auch ein oben vorbehaltenes Stück in der Lehre von den Correalſchulden (§ 16. b. und § 17. a) als erledigt zu betrachten. Dieſes Verhältniß iſt als eine wahre, eigentliche, Correalſchuld im ſtrengſten Sinne des Wortes, zu betrachten, und es hat durchaus dieſelbe Natur, wie wenn durch Stipulation duo rei promittendi entſtehen, da es in der That eine und dieſelbe Obligation iſt, die ſich ganz, ungetheilt, auf mehrere Schuldner bezieht. Der Fall iſt alſo weſentlich verſchieden von dem Fall einer

(p) Vgl. oben § 31. o.

unächten Correalſchuld, worin mehrere, von einander unabhängige, Obligationen in einem ſolchen Verhältniß zu einander ſtehen, daß die Tilgung der einen zugleich die andere aufhebt, indem ſie ihr ihren Gegenſtand entzieht (§ 16. c. § 20. 21).

Die hier dargeſtellten Fälle ſind alſo in der That ſo beſchaffen, daß in ihnen eine wahre Correalſchuld ohne den erklärten Willen der betheiligten Perſonen, alſo ipso jure, entſteht (q).

Die Richtigkeit dieſer Annahme wird beſonders einleuchtend durch die Betrachtung eines der hierher gehörenden Fälle, wenn nämlich ſchon urſprünglich mehrere Schuldner in eine untheilbare Obligation eintreten (Note b). In dieſem Fall konnten die Urheber der Schuld ein wahres Correalverhältniß ausdrücklich feſtſtellen, nur eine getheilte Schuld war unmöglich (§ 33). Daher iſt es eine ſehr natürliche Annahme, daß man ſich dieſer Lage der Sache auch wirklich bewußt geweſen iſt, und eine wahre Correalſchuld gewollt hat, nur ohne Dieſes ausdrücklich zu ſagen.

(q) Ribbentrop § 21—24 (beſonders S. 241) will nur große Aehnlichkeit zwiſchen dieſen Fällen gelten laſſen, ohne ſie unter denſelben Gattungsbegriff zu ſtellen, weil doch auch weſentliche Verſchiedenheit Statt finde. Allein Alles, was er in den § 4—6 über den Begriff der eigentlichen Correalſchuld ſagt, paßt auf unſeren Fall vollkommen, und auch unter den praktiſchen Folgen der Correalſchuld, wie ſie oben angegeben worden ſind (§ 18. 19), wüßte ich nicht eine einzige, die nicht auf unſeren Fall völlig anwendbar wäre.

§. 35.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen (Fortsetzung).

B. Praktische Behandlung der untheilbaren Obligationen, wenn mehrere Glaubiger neben einander stehen (vgl. § 33. 34).

I. Errichtung einer Servitut.

Wenn der Glaubiger stirbt und mehrere Erben hinterläßt, so kann jeder Erbe in solidum klagen (a), aber der Beklagte wird nicht auf das Ganze verurtheilt, sondern nur auf den Theil des Ganzen, welcher der Erbportion des Klägers entspricht (b). Dabei wird augenscheinlich vorausgesetzt, daß nachher jeder Miterbe in derselben Weise, und mit gleichem Erfolge, klagen werde.

Eben so, wenn gleich Anfangs mehrere Glaubiger in einer solchen Obligation neben einander stehen, soll jeder derselben in solidum klagen können (c), und wir haben unbedenklich diese Regel aus den eben erwähnten näheren Bestimmungen für den Fall mehrerer Miterben zu ergänzen (d). Für diesen letzten Fall ist noch die Analogie

(a) *L.* 2 § 2 *de V. O.* (45. 1), *L.* 17 *de serv.* (8. 1), *L.* 25 § 9 *fam. herc.* (10. 2).

(b) *L.* 25 § 9 *fam. herc.* (10. 2).

(c) *L.* 19 *de S. P. R.* (8. 3).

(d) Es geschieht Dieses um so unbedenklicher, als am Schluß der *L.* 19 *cit.* beide Fälle als so gleichartig zusammengestellt werden, daß aus der Regel des einen Falles auf die des anderen ein Schluß gezogen wird.

des Falles zu beachten, wenn eine ſchon errichtete Servitut einem Grundſtück zuſteht, das augenblicklich mehrere Miteigenthümer hat. Jeder derſelben kann die confeſſoriſche Klage in solidum anſtellen, aber die Verurtheilung geht doch nur auf diejenige Summe, die dem perſönlichen Intereſſe dieſes Klägers, alſo ſeiner Quote am Eigenthum des Grundſtücks, entſpricht. Dieſelbe Klage hat nachher jeder andere Miteigenthümer, welcher ſogar den Gewinn des von ſeinem Mitgenoſſen früher geführten Rechtsſtreites für ſich benutzen kann (e). Dieſer letzte Satz kann wohl ohne Bedenken auch auf unſern Fall angewendet werden, da in den angeführten Stellen beide Klagen (die perſönliche und die confeſſoriſche) einer ſo völlig gleichen Behandlung unterworfen werden.

Unter den hier aufgeſtellten Regeln findet ſich eine, die dazu geeignet iſt, mancherlei Zweifel zu erregen. Jeder einzelne Glaubiger ſoll in solidum klagen, aber durch das Urtheil doch nicht das Ganze, ſondern nur einen Antheil erlangen. Dieſer Satz bezieht ſich zunächſt auf die Faſſung der alten Formeln, und zwar insbeſondere auf die Faſſung der Intentio. Denn hätte der Kläger dieſe auf einen Theil der ganzen Obligation richten wollen (alſo auf viam dari oportere pro parte dimidia oder tertia), ſo würde er etwas Widerſinniges und Unmögliches behauptet

(e) *L.* 4 § 3 *si serv.* (8. 5). Vgl. Savigny Syſtem B. 6 § 301 S. 479.

haben, weil Theile einer ſolchen Servitut gar nicht gedacht werden können. Das mußte vor Allem vermieden werden, darum lautete die Intentio auf viam dari oportere ſchlechthin, und daß dieſe Faſſung dem Kläger nicht zu viel verſchaffte, war ſchon durch die beſchränktere Faſſung der Condemnatio verhütet.

Aber auch eine nicht unwichtige praktiſche Folge mochte ſich an jene Faſſung der Intentio anknüpfen. Wenn der Beklagte verurtheilt wurde, ſo hatte damit der Richter das Daſeyn der ganzen Obligation anerkannt, und die Rechtskraft dieſes Ausſpruchs konnten die nachher klagenden Mitglaubiger für ſich benutzen, ſo gut, als bei der confeſſoriſchen Klage (Note e).

Dagegen ſcheint es, daß auf der anderen Seite dieſelbe Faſſung der Intentio eine ſehr gefährliche Folge für die Mitglaubiger hätte haben müſſen. Durch jene Faſſung war die ganze Obligation in judicium deducirt, alſo conſumirt, folglich (ſo ſcheint es) konnten nun die Uebrigen gar nicht mehr klagen (§ 19. a. b). Daß Dieſes nicht die Abſicht, und nicht der wirkliche Erfolg ſeyn konnte, iſt einleuchtend. Worin war aber Schutz gegen die erwähnte Gefahr zu ſuchen? Man könnte glauben, die nachfolgenden Kläger hätten jedesmal Reſtitution erhalten. Es iſt aber nicht wahrſcheinlich, daß man eine Regel, wie die oben erwähnte, hätte aufſtellen, und ſich über die gefährlichen, ja widerſinnigen, Folgen derſelben blos durch die Ausſicht auf eine mögliche Reſtitution hätte beruhigen ſollen. —

Allein ich glaube, daß es einer Reſtitution für dieſen Fall gar nicht bedurfte, indem die bekannten Formen des alten Prozeſſes ein regelmäßiges und ausreichendes Schutzmittel darboten. Wenn Jemand aus einer periodiſch wiederkehrenden Forderung einen einzelnen Poſten einklagen wollte, ſo ging gleichfalls die Intentio auf die Forderung im Ganzen. Damit aber nicht dieſe ganze Forderung, mit Einſchluß aller künftig fällig werdenden Poſten, conſumirt werden möchte, wurde eine Präſcription voran geſetzt in den Worten: ea res agatur, cujus rei dies fuit (f). Ganz eben ſo mag in unſerem Fall eine Präſcription gegeben worden ſeyn, etwa in den Worten: ea res agatur de eo, quod (oder: quanti) Seji interest. Beide Präſcriptionen dienten dann gleichmäßig dazu, den gefährlichen Folgen vorzubeugen, die aus der unvermeidlichen weiten Faſſung der Intentio hätten hervor gehen können (g).

II. Anfertigung eines opus.

Wenn der Glaubiger, der ſich ein opus hatte verſprechen laſſen, mit Hinterlaſſung mehrerer Erben ſtarb,

(f) Gajus Lib. 4 §130—137.

(g) Man könnte glauben, daß in dieſem Fall dadurch geholfen worden wäre, daß man eine incerta intentio auf die einzelne Perſon des gegenwärtigen Klägers gerichtet hätte, welche Auskunft wohl in anderen ſchwierigen Fällen angewendet wurde (Keller Zeitſchrift XV. 147); allein Das hätte man unmöglich eine actio in solidum nennen können. Ich denke mir die ganze Formel, wenn der Verſtorbene A. Agerius hieß, der klagende Erbe aber Sejus, ſo gefaßt: ea res agatur de eo, quod Seji interest. Si paret, N. Negidium heredibus A. Agerii viam per fundum Cornelianum dare oportere, quanti ea res est, condemna.

so konnte die Frage entstehen, wie diese mehreren Erben ihre Rechte zu verfolgen hätten. Eben so, wenn das Versprechen des opus schon ursprünglich an mehrere Personen zugleich gegeben worden war.

Ich finde über diese Fragen in unseren Rechtsquellen keine Auskunft. Allein ich habe kein Bedenken, darauf ganz dieselben Regeln anzuwenden, welche so eben bei den Servituten aufgestellt worden sind. Also jeder einzelne Glaubiger klagt in solidum, aber der Schuldner wird nur verurtheilt für den Antheil, der diesem Kläger persönlich an der ganzen Forderung zukommt.

III. Untheilbare Unterlassung.

Wenn der Glaubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, und nun dem Vertrage zuwider gehandelt wird, so kann jeder einzelne Erbe nur in sofern klagen, als er persönlich durch die Störung einen Nachtheil erlitten hat.

Wenn also eine Stipulation so lautet: per te non fieri; quo minus ire agere liceat, und nach dem Tode des Glaubigers einer der Erben in dem Gebrauch des Weges gestört wird, so kann Dieser klagen, die Miterben, die nicht gestört wurden, können nicht klagen (h).

Bei den hier zusammen gestellten Fällen muß die schon oben aufgestellte Bemerkung (§ 33) in Erinnerung

(h) *L.* 2 § 6, *L.* 3 *pr.*, *L.* 4 *pr. de V. O.* (45. 1).

gebracht werden, daß die mehreren Gläubiger die Verfolgung ihres Rechts dadurch erleichtern und vereinfachen können, daß sie gemeinschaftlich handelnd auftreten, indem sie einen gemeinsamen Procurator bestellen, der durch eine einzige Klage das Recht verfolgt.

Durch diese Erwägung verlieren denn auch die praktischen Bedenken ihr Gewicht, die man möglicherweise gegen die in dem gegenwärtigen Paragraphen vorgetragenen Regeln, und insbesondere gegen die verschiedene Behandlung der Schuldner und der Gläubiger bei den untheilbaren Obligationen, erheben könnte.

§. 36.

IV. Gegenstand der Obligation. Theilbare, untheilbare Leistungen (Fortsetzung).

Zum Schluß der Lehre von den untheilbaren Obligationen ist noch die Frage zu beantworten, ob dieselbe auch noch im heutigen Recht als völlig anwendbar angesehen werden kann.

Die Entscheidung über diese Frage ist großentheils abhängig von der Auffassung des Römischen Rechts selbst, und hierin habe ich schon mehrmals den herrschenden Meinungen widersprechen müssen (§ 32. 34). Ich muß aber jetzt diesen Widerspruch noch weiter ausdehnen, um

die heutige Anwendbarkeit jener Lehre gegen mehrere Einwürfe neuerer Schriftsteller zu vertheidigen.

Nach einer sehr verbreiteten Ansicht soll ein großer Theil der von den Römern hier aufgestellten Regeln auf dem für uns nicht mehr anwendbaren alten Formularrecht beruhen, anstatt daß nach meiner Ansicht die Römer von der einfachsten und natürlichsten Betrachtung des Gegenstandes ausgegangen sind, die auch für uns nicht wesentlich verschieden ausfallen kann.

Insbesondere wird behauptet, die eigenthümliche, uns fremde, Strenge der Römischen Stipulation habe in dieser Lehre großen Einfluß gehabt. Der Schein eines solchen Einflusses ist aber blos aus dem ganz zufälligen und gleichgültigen Umstand hervorgegangen, daß die Römischen Juristen diesen Gegenstand bei Gelegenheit der allgemeinen Lehre von den Stipulationen abzuhandeln pflegen. Eine unbefangene Betrachtung der Sache muß uns nun überzeugen, daß bei den formlosen Verträgen weder der Begriff der untheilbaren Obligationen, noch die praktische Behandlung derselben, eine andere Natur, als bei den Stipulationen, gehabt haben kann. So konnte die Errichtung einer Wegeservitut durch Stipulation versprochen werden, die Obligation war dann untheilbar, und mehrere Erben des Schuldners waren in solidum verpflichtet (§ 34. a). Aber ganz dieselbe Obligation kann auch begründet werden durch einen formlosen Kaufvertrag (§ 32. d), und es ist durchaus kein Grund vorhanden,

hier eine andere Folge anzunehmen. Die Obligation ist nicht weniger untheilbar, und die Erben des Verkäufers müssen eben so in solidum haften. — Wenn der Unternehmer eines Baues durch Stipulation sich verpflichtet, so ist die Obligation untheilbar, und geht auf die Erben des Schuldners in solidum über (§ 34. d. e). Aber dieselbe Obligation kann auch ohne Stipulation begründet werden, durch formlose operis locatio, und es ist wieder kein Grund vorhanden, in diesem Fall irgend eine andere Behandlung eintreten zu lassen, als im Fall der Stipulation.

Indessen ist man noch einen Schritt weiter gegangen. Nicht blos das Mysterium der Stipulation, im Gegensatz der formlosen Verträge, soll viel Antheil haben an der Römischen Lehre von den untheilbaren Obligationen, sondern auch den Conventional-Stipulationen, im Gegensatz der prätorischen, wird mancher eigenthümliche Einfluß darauf zugeschrieben, und auch dadurch soll die heutige Anwendbarkeit der Römischen Lehre beschränkt werden. Die prätorischen Stipulationen nämlich sollen nicht der rücksichtslosen Strenge der anderen unterliegen, es soll in ihnen die vernünftige Billigkeit mehr Eingang finden, welches schon aus dem bei ihnen erwähnten vir bonus erkennbar sey, und so wird bei denselben manche Ausnahme von den vermeintlichen Regeln der Römer für die Conventional-Stipulationen behauptet (a). Für solche angeh-

(a) Scheurl p. 83. 85. Er *plus* (35. 3), *L.* 12. 17. 18 *jud.* beruft sich auf *L.* 3 § 6. 7 *si cui solvi* (46. 7).

liche praktische Unterscheidungen finde ich in den Aussprüchen der alten Juristen durchaus keinen Raum, und auch die hier angegebene Begründung derselben muß ich völlig verwerfen. In Fällen der Conventional-Stipulationen wird ganz dieselbe vernünftige Billigkeit der Beurtheilung wahrgenommen, und selbst dem vir bonus wird es ausdrücklich gestattet, seine menschlich milden Ansichten in denselben geltend zu machen (b).

Endlich wird auch noch besonderer Werth gelegt auf den alten Gegensatz von certum und incertum, welcher allerdings unserem heutigen Rechte fremd ist. Jedes incertum, als Gegensatz einer Stipulation, soll nämlich durchaus untheilbar seyn (c). Zu dieser Annahme ist durchaus kein Grund vorhanden. Die Stipulation eines Nießbrauchs ist incerta, wegen der ungewissen Lebensdauer: die Stipulation von Zinsen ist incerta, wegen der ungewissen Dauer der Kapitalschuld (d). Dennoch sind diese beiden Stipulationen unzweifelhaft theilbar.

Alle bisher geprüften Gründe können also die unbeschränkte heutige Anwendbarkeit der Römischen Lehre von

(b) *L.* 137 § 2. 3 *de V. O.* (45. 1). In dem § 2 heißt es: „Cum ita stipulatus sum, Ephesi dari ... magis est, ut totam eam rem ad judicem, *id est ad virum bonum*, remittamus" etc.

(c) Rubo S. 31. 52. Ihn widerlegt richtig Scheurl p. 50.

(d) *L.* 75 § 3. 9 *de V. O.* (45. 1).

den untheilbaren Obligationen nicht zweifelhaft machen. Dagegen ist allerdings Ein wichtiger Punkt übrig, in welchem wir genöthigt sind, die Anwendung derselben in einem etwas anderen Sinn durchzuführen, als in welchem die alten Juristen dieselbe dachten.

Zur Zeit der alten Juristen ging jede Verurtheilung und Exsecution nur auf baares Geld, und von diesem Standpunkt aus müssen wir auch alle bisher dargestellten Regeln der Römer über die untheilbaren Obligationen auffassen. Dieser wichtige Rechtssatz ist schon im Justinianischen Recht aufgegeben, die Verurtheilung geht nun auf den Gegenstand des Klagerechts unmittelbar, die Exsecution, so weit es möglich ist, desgleichen, und diese wichtige Veränderung ist im heutigen Prozeß noch vollständiger ausgebildet worden (e).

Der Einfluß dieser Veränderung auf die praktische Behandlung der untheilbaren Obligationen ist auch schon bei unseren Schriftstellern nicht ohne Anerkennung geblieben (f). Wir wollen genauer erwägen, wie durch denselben die oben aufgestellten praktischen Regeln (§ 34. 35) neu gestaltet werden.

(e) Savigny System B. 6. § 287. b. c.

(f) Ribbentrop S. 184. Schrdal p. 100. Allerdings stimmen sie blos überein im formellen Grundsatz, im praktischen Resultat gehen sie ganz aus einander.

A. Verhältniß mehrerer Schuldner.

I. Errichtung einer Servitut.

Die ſolidariſche Verpflichtung der einzelnen Schuldner an ſich bleibt unverändert. Allein nach Römiſchem Recht war die Folge, daß der zum Beklagten auserwählte Schuldner den ganzen Geldwerth der Servitut zahlen mußte, den er dann theilweiſe von den Mitſchuldnern wieder einzog.

Im heutigen Recht geht die Verurtheilung auf die Errichtung der Servitut ſelbſt, und hierin wird der Beklagte als Vertreter ſeiner Mitſchuldner behandelt. Will oder kann der Beklagte die Vollziehung des Urtheils binnen einer angeſetzten Friſt nicht bewirken (etwa wegen des Widerſtandes der Mitſchuldner), ſo bewirkt ſie der Richter unmittelbar. Dieſes geſchieht, indem er Sachverſtändige beauftragt, die Richtung und den Umfang der Servitut, unter Anhörung der Betheiligten, zu beſtimmen, und dann die ſo beſtimmte Servitut durch ein Endurtheil für errichtet erklärt. — Ein ſolches Verfahren ſchließt ſich unmittelbar an eine vollſtändige Analogie des alten Rechts an. In Folge einer Theilungsklage kann der Richter ein Grundſtück ſo theilen, daß einem Theil eine Servitut zum Vortheil des anderen Theiles auferlegt wird, und in dieſem Fall entſteht gleichfalls das Recht der Servitut aus dem Urtheil unmittelbar (g).

(g) *L.* 22 § 3 *fam. herc.* ein Nießbrauch errichtet werden. (10. 2). Auf dieſelbe Weiſe konnte *L.* 6 § 1 *de usufr.* (7. 1),

II. Anfertigung eines opus.

Die solidarische Verpflichtung ist unverändert. Das Urtheil geht zunächst nicht auf Zahlung des Geldwerthes, sondern auf das opus selbst. Allein die Exsecution würde hier oft nicht durch unmittelbaren Zwang auszuführen seyn, vielleicht auch nicht zur Zufriedenheit des Klägers ausfallen. Dann wird sich doch wieder Alles in eine Geldzahlung auflösen, indem die Arbeit einem Anderen in Accord gegeben wird auf Rechnung des verurtheilten Beklagten.

III. Untheilbare Unterlassung.

Die solidarische Verpflichtung bleibt auch hier. Für die vergangene Störung ist nur eine Entschädigung möglich.

Der Kläger aber kann zugleich verlangen, daß ihm für die Zukunft Schutz gegen neue Störungen durch Strafdrohung oder durch auferlegte Caution gewährt werde (h).

L. 6 § 10 *comm. div.* (10. 3). Fragm. Vatic. § 47. — Die adjudicatio an sich also reichte hin zur Errichtung der Servitut nach jus civile, und es bedurfte einer in jure cessio nicht.

(h) Wenn davon im Römischen Recht nicht die Rede ist, so erklärt sich Das daraus, daß die Verurtheilung nicht auf das Interesse der einzelnen Störung gerichtet werden mochte, sondern auf den Werth der ganzen Obligation, die also dadurch dem Kläger abgekauft wurde.

B. Verhältniß mehrerer Glaubiger.

I. Errichtung einer Servitut.

Auch hier klagt jeder einzelne Glaubiger, aber als Vertreter der übrigen. Die Verurtheilung geht auf die Servitut selbst, nicht auf Geld, und daher ist auch nicht, so wie im Römischen Recht, von einer Verurtheilung für den bloßen Antheil des Klägers die Rede.

II. Anfertigung eines opus.

Dabei ist die eben aufgestellte Regel für die Servitut anzuwenden, jedoch mit Berücksichtigung der oben für den Fall mehrerer Schuldner bei einem opus eintretenden Modificationen.

III. Untheilbare Unterlassung.

Die Beschränkung des Klagerechts auf den einzelnen Verletzten (§ 35. g) bleibt auch hier, und eben so ist hier der oben erwähnte Schutz für die Zukunft (Note h) gleichfalls anzuwenden.

§. 37.

IV. Gegenstand der Obligation. Mögliche, unmögliche Leistungen.

4. Ein vierter Gegensatz in der Natur der Leistungen besteht darin, daß dieselben möglich oder unmöglich seyn können.

Die wichtige praktiſche Seite dieſes Gegenſatzes betrifft die in der Regel anzunehmende Ungültigkeit der Obligation in Folge der Unmöglichkeit der Leiſtung. Davon wird am Zweckmäßigſten in der Lehre von der Wirkſamkeit der obligatoriſchen Verträge gehandelt werden. Hier aber ſind die Begriffe ſelbſt feſtzuſtellen, worauf dieſer Gegenſatz beruht.

Derſelbe ſteht in folgendem Zuſammenhang mit dem allgemeinen Weſen der Obligation. Die Obligation zweckt darauf ab, freie Handlungen, die an ſich als zufällige und ungewiſſe Ereigniſſe zu betrachten ſind, in nothwendige und gewiſſe zu verwandeln (§ 2). Iſt nun aber die Handlung, welche die Leiſtung in einer Obligation bilden ſoll, unmöglich, ſo widerſpricht Das dem eben erwähnten Charakter der Obligation überhaupt. Ja, wir könnten ſogar Daſſelbe behaupten von den ſchon an ſich nothwendigen Handlungen, indem dieſe nicht erſt durch die Obligation in nothwendige verwandelt werden können, welches ſo eben als Zweck der Obligation anerkannt worden iſt; nur iſt dieſes letzte Verhältniß von ſo geringer praktiſcher Erheblichkeit, daß eine fernere Erwähnung deſſelben kein Bedürfniß iſt.

Die unmöglichen (und eben ſo die an ſich nothwendigen) Leiſtungen in einer Obligation ſind nahe verwandt den unmöglichen (und nothwendigen) Bedingungen. Was daher über dieſe letzten bereits an einem

anderen Orte ausführlich dargeſtellt worden iſt (a), kann großentheils auch auf die unmöglichen Leiſtungen angewendet werden, wodurch es zuläſſig wird, dieſen Gegenſtand hier kürzer zu behandeln.

Die Unmöglichkeit einer Leiſtung kann beruhen ſowohl auf natürlichen Gründen, als auf Rechtsgründen (b). — Die natürliche Unmöglichkeit iſt vorhanden bei Sachen, die ein Daſeyn niemals gehabt, oder zu haben aufgehört haben, oder die ein ſolches gar nicht haben können (c). — Eine rechtliche Unmöglichkeit iſt vorhanden, wenn die Obligation darauf geht, daß ein Eigenthum verſchafft werde an Sachen, die gar nicht im Eigenthum ſeyn können, oder die im Eigenthum des Glaubigers ſchon ſind (d). Eben ſo bei der Obligation auf Abſchluß einer Ehe unter Perſonen, für welche eine Ehe nicht möglich iſt (e).

Eine ähnliche Natur hat jede Handlung, welche rechtswidrig, oder unſittlich iſt (f). Zwar darf Dieſes

(a) Savigny Syſtem B. 3 § 121—124.

(b) Der allgemeine Ausdruck iſt: Impossibile, oder quod natura fieri non concedit. *L.* 35 *pr. de V. O.* (45. 1), *L.* 31. 185 *de R. J.* (50. 17).

(c) § 1. 5 *J. de inut. stip.* (3. 19), *L.* 15 *pr. de contr. emt.* (18. 1), *L.* 69, *L.* 97 *pr. de V. O.* (45. 1). — Beiſpiele: Verſprechen, einen hippocentaurus zu geben; Verſprechen, ein Pferd zu geben, wenn dieſes Pferd ſchon todt iſt.

(d) § 2 *J. de inut. stip.* (3. 19), *L.* 82 *pr.*, *L.* 103 *de V. O.* (45. 1), *L.* 182 *de R. J.* (50. 17).

(e) *L.* 35 § 1 *de V. O.* (45. 1).

(f) *L.* 26, *L.* 27 *pr. de V. O.* (45. 1), *L.* 15 *de cond. inst.* (28. 7), *L.* 4 *C. de inut. stip.* (8. 39). — Der allgemeine Ausdruck iſt: turpe, contra bonos

nicht in dem Sinn aufgefaßt werden, wie es von Vielen, auch in der Lehre von den Bedingungen, geſchieht, als ob eine ſolche Handlung juriſtiſch unmöglich wäre. Denn ſelbſt das Verbrechen iſt durchaus möglich, und nur verboten und mit Strafe bedroht (g). Allein darin ſteht das Rechtswidrige und das Unſittliche dem Unmöglichen völlig gleich, daß es nicht Gegenſtand einer wirkſamen Obligation werden kann, daß alſo insbeſondere eine richterliche Hülfe zur Beförderung deſſelben niemals gewährt werden darf.

Eine beſonders wichtige Unterſcheidung iſt aber noch folgende. Die Unmöglichkeit kann gegründet ſeyn entweder in der Natur der Handlung an ſich, oder in den beſonderen perſönlichen Verhältniſſen des Schuldners. Nur die erſte Art der Unmöglichkeit (die objective), worauf ſich auch alle bisher angegebenen Anwendungen beziehen, wird als Unmöglichkeit anerkannt. Die zweite Art (die ſubjective) wird dem Schuldner gar nicht als eine ſolche angerechnet, und befreit ihn alſo nicht von den nachtheiligen Folgen, die ſich an eine willkürlich unerfüllt gelaſſene Obligation anknüpfen können. Die unzweifelhafteſte Anwendung dieſes letzten Falles findet ſich bei dem Schuldner einer Geldſumme, welcher weder ſelbſt Geld hat, noch

mores. Davon ſind Rechtsverletzungen, und insbeſondere Verbrechen, nur einzelne Anwendungen.

(g) Eine Doppelehe, ſo wie eine Ehe unter Geſchwiſtern, iſt juriſtiſch unmöglich. Der Ehebruch iſt durchaus möglich, aber unſittlich, rechtsverletzend und ſtrafbar. — Vgl. Syſtem B. 3 § 122.

urch ſeinen Credit Geld herbei ſchaffen kann. Denn Geld iſt überall vorhanden, und es liegt blos an den perſönlichen Verhältniſſen dieſes Schuldners, wenn er das Geld nicht verſchaffen kann, das er zu bezahlen chuldig iſt.

Dieſe wichtige Unterſcheidung wird von Venulejus in folgender Weiſe durchgeführt (h). Er nennt die objective Unmöglichkeit, die allein beachtet werden ſoll, das impedimentum naturale, die ſubjective, die nicht gelten ſoll, die facultas dandi. Von dieſer ſagt er Folgendes: Est autem facultas, personae commodum incommodum, non rerum, quae promittuntur ... Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet. Zur Beſtärkung der Wahrheit dieſer Behauptung führt er zwei abſurde, unzweifelhaft irrige Folgen an, die man gelten laſſen müßte, wenn man die Behauptung nicht annehmen wollte. Die eine, die am Schluß der ganzen Stelle ſteht, iſt dieſe: ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. — Die andere, etwas ſchwierigere, in der Mitte der Stelle, lautet ſo: Et alioquin, si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: ut sic (i) non multum referre videatur,

(h) *L.* 137 § 4. 5 *de V. O.* (45. 1).

(i) Dieſes iſt die Lesart der Vulgata. Die Florentiniſche Leſeart: aut si iſt völlig ſinnlos.

Ephesi daturum se, an (quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit) *dare* spondeat: nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet. Venulejus will ſagen: Wenn in Rom durch Stipulation verſprochen wird, den Sklaven Stichus zu mancipiren, der gerade jetzt in Epheſus iſt, und wenn die Stipulation ſchlechthin auf dare lautet, ſo muß der Schuldner die Mühe und Koſten des Transports nach Rom tragen, indem es blos zu ſeiner perſönlichen facultas und difficultas gehört, daß er nicht ſchon jetzt den Sklaven in Rom zur Stelle hat. Lautet dagegen die Stipulation ſo: Ephesi daturum se, ſo iſt es genug, wenn der Schuldner in Epheſus mancipirt. Wollte man nun (ſagt Venulejus) den Unterſchied zwiſchen der facultas dandi und dem impedimentum naturale nicht einräumen, ſo würde man genöthigt ſeyn, den beiden hier erwähnten Stipulationen gleiche Wirkung beizulegen, welches abſurd wäre (ut sic non multum referre videatur).

§. 38.

IV. Gegenſtand der Obligation. Beſtimmte, unbeſtimmte Leiſtungen. Alternative.

Zwiſchen der vollſtändigen Unbeſtimmtheit und der eben ſo vollſtändigen Beſtimmtheit einer Leiſtung ſind ſehr viele Abſtufungen denkbar. Betrachten wir zunächſt den Fall der vollſtändigen Unbeſtimmtheit, der etwa ſo ausgedrückt werden kann, daß „irgend Etwas" zu leiſten verſprochen werde. Hier iſt

nun sogleich einleuchtend, daß auf der einen Seite jeder Anhalt für einen richterlichen Zwang gänzlich fehlt, auf der anderen Seite eben so der Ernst einer Verpflichtung für den Schuldner, so wie irgend eine für den Gläubiger begründete Erwartung. Eine scheinbare Verpflichtung dieser Art kann also nur so erklärt werden, daß entweder die, noch nicht reif gewordene, Absicht irgend einer künftigen Verpflichtung ausgedrückt werden sollte, oder daß den Parteien zwar irgend eine wirkliche Leistung vorschwebte, deren Bezeichnung jedoch aus Versehen unterblieben ist. Das Daseyn einer Obligation also muß unter jeder dieser möglichen Voraussetzungen völlig verneint werden.

Die hier angestellte Betrachtung aber ist keinesweges auf den eben erwähnten äußersten Fall zu beschränken. Sie ist eben so anwendbar auf manchen anderen Fall scheinbarer Bestimmtheit, und führt dabei auf dieselbe Verneinung des Daseyns einer Obligation. Folgende Fälle dieser Art werden angegeben: wenn Jemand verspricht, Weizen zu geben, ohne zu sagen, wie viel; oder ein Grundstück überhaupt zu geben; oder ein Haus zu bauen, ohne zu sagen, wo und in welcher Größe (a). Eine Stipulation solcher Art heißt imperfecta, und es wird als Grund ihrer Unwirksamkeit auf den Umstand hinge-

(a) *L.* 94. 95. 115 *pr. de V.* Legaten. *L.* 9 § 4 *de j. dot. O.* (45. 1), *L.* 69 § 4 *de j. dot.* (23. 3), *L.* 71 *pr. de leg.* 1 (23. 3). — Aehnlich ist es bei (30. um.).

deutet, daß eine nähere Bestimmung beabsichtigt, aber aus Versehen unterlassen worden ist (b).

Ganz verschieden sind aber die Fälle, in welchen der Gegenstand der Obligation von irgend einer Seite absichtlich unbestimmt gelassen worden ist, so daß die Ergänzung der fehlenden Bestimmung dem Willen der einen oder der anderen Partei überlassen bleibt. In diesen Fällen ist eine gültige, wirksame Obligation vorhanden, und es sind blos Regeln aufzustellen über das Recht auf jene Ergänzung, und die damit verknüpften Folgen (c). Es kommen fol-

(b) *L.* 115 *pr. de V. O.* (45. 1) „... si dies in stipulatione *per errorem omissus* fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, *imperfecta erit stipulatio*" etc. — *L.* 94 *eod.* „Triticum dare oportere stipulatus est aliquis ... si, cum destinare genus et modum *vellet, et non fecit*, nihil stipulatus videtur: igitur ne unum quidem modium."

(c) Ich glaube nicht, daß die eine oder die andere dieser beiden Classen von Obligationen für gleichbedeutend zu halten ist mit der Römischen certa und incerta stipulatio. *L.* 74. 75. 68 *de V. O.* (45. 1). Incerta heißt eine Stipulation, deren praktischer Erfolg und Geldwerth für den Gläubiger zunächst ungewiß ist, wenngleich das Rechtsverhältniß völlig gewiß und bestimmt seyn kann. So ist die Stipulation eines Nießbrauchs incerta (*L.* 75 § 3 *de V. O.*), weil der Werth dieses Rechts von der ganz zufälligen Lebensdauer des Berechtigten abhängt; eben so die Stipulation von Zinsen (*L.* 75 § 9 *de V. O.*), weil durch die stete Kündbarkeit des Kapitals die Summe der Zinsen ungewiß ist. Das Interesse der Römer an dieser Eintheilung war aber, wie es scheint, mehr theoretisch, als praktisch. Insbesondere hing die Möglichkeit des gefährlichen plus petere nicht von der certa stipulatio ab, sondern lediglich von der certa intentio in der Klage (Gajus IV. 53. 54. System B. 5 Beilage XIV. Num. XXXII — XLVI). Nun könnte aber die incerta stipulatio des Nießbrauchs eine certa intentio haben (wenngleich nach Umständen auch eine incerta);

gende Vier erhebliche Fälle dieser Art vor, welche nunmehr einzeln darzustellen sind:

A. Alternative Obligationen.
B. Generische.
C. Quantitäten.
D. Geldschulden.

A. Alternative Obligationen.

Schriftsteller:

J. N. Hertii diss. de electione ex obligatione alternativa debitori debita 1699 Comm. et opusc. vol. 1 T. 3 p. 233 — 347.

Vangerow S. 17—31.

Alternativ nennen wir eine Obligation, welche auf eine von mehreren bestimmten einzelnen Leistungen gerichtet ist, so daß die Auswahl unter denselben zunächst unbestimmt gelassen wird, welche also durch irgend einen Willen ergänzt werden muß, wenn die Obligation Wirksamkeit erlangen

eben so die der Zinsen; eben so die alternative Stipulation, die in der Regel incerta war wegen des Wahlrechts des Schuldners (*L.* 75 § 8 *de V. O.*). In allen diesen Fällen war die Gefahr des plus petere allerdings vorhanden (vgl. § 33 *J. de act.* 4. 6). — Ueber diese ganze Frage, und insbesondere darüber, daß man aus Gründen des praktischen Bedürfnisses eine incerta intentio zuweilen anstatt der certa anwendete, vgl. die sehr guten Bemerkungen von Keller in der Zeitschrift B. 15 S. 141 bis 147.

ſoll (d). Alternativus iſt kein lateiniſches Wort, und die Römer bezeichnen dieſen Fall überhaupt durch keinen abſtracten Kunſtausdruck, ſondern ſtets durch Beiſpiele. Zwar kommt einmal rerum alternatio vor, aber nicht als Kunſtausdruck, ſondern nur, um in einem vorliegenden Fall den Gegenſatz gegen eine locorum alternatio zu bezeichnen (e). Hätten die Römer eine abſtracte Bezeichnung räthlich oder nöthig gefunden, ſo dürfte wohl die Analogie auf den Ausdruck disjunctiva stipulatio geführt haben (f).

Die wichtigſte Frage bei der alternativen Obligation betrifft die zur Wahl berechtigte Perſon, und dieſe muß, je nach den verſchiedenen Entſtehungsgründen, verſchieden beantwortet werden. Dann werden noch einige gemeinſame Regeln nachzutragen ſeyn.

1. Entſtehung durch Vertrag.

In der Regel hat der Schuldner die Wahl. Eine

(d) Unſere Schriftſteller verbinden mit dieſer alternativa obligatio die alternativa personarum (Correalſchuld), remediorum (Klagenconcurrenz), poenarum (wenn dem Strafrichter mehrere Strafarten zur Wahl geſtellt ſind) u. ſ. w. Heat. p. 234. Dieſe Zuſammenſtellung iſt ohne Werth, da hier kein innerer Zuſammenhang obwaltet, ſondern nur ein gemeinſamer Ausdruck für alle dieſe Verhältniſſe willkürlich gebildet worden iſt.

(e) *L.* 2 § 2 *de eo quod certo loco* (13. 4). Vgl. *L.* 74 § 4 *de injur.* (47. 10), *L.* 9 *pr. de servo corr.* (11. 3), *L.* 8 § 5 *de cond. inst.* (28. 5) (alternata conditio).

(f) *L.* 63 *de V. O.* (45. 1) „ex duabus disjunctivis conditionibus“, *L.* 78 § 1 *de cond.* (35. 1) „Disjunctivo modo conditionibus adscriptis“, *L.* 124 *de V. S.* (50. 16) „disjunctiva oratio.“

wörtliche Erklärung bindet ihn nicht, ſo daß er ſeinen Willen ändern kann bis zur vollendeten Leiſtung (g).

Der Grund dieſes Vorzugs des Schuldners liegt darin, daß das eigentliche Weſen der Obligation in der Thätigkeit des Schuldners beſteht (§ 2. c). Da nun der Vertrag einen Theil dieſer Thätigkeit unbeſtimmt gelaſſen hat, ſo iſt eben dadurch dem Schuldner die Befugniß vorbehalten, die Ergänzung nach ſeinem Gutdünken vorzunehmen.

Selbſt durch die theilweiſe bewirkte Leiſtung des einen Gegenſtandes wird das Wahlrecht nicht aufgehoben, vielmehr kann der Schuldner den geleiſteten Theil zurückfordern (h).

Dagegen liegt in einem Conſtitutum, das beſtimmt auf die eine der beiden Leiſtungen gerichtet wird, ein Verzicht auf die Wahl (i). Wird auf eine der beiden Leiſtungen eine Acceptilation oder ein Erlaßvertrag gerichtet, ſo iſt die ganze Schuld getilgt, wenn nicht etwa dem Erlaßvertrag der ausdrückliche Vorbehalt der anderen Leiſtung hinzugefügt wird (k).

(g) *L.* 136 § 1 *de V. O.* (45. 1). „Cum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo, quod *praestaturus sis* (alſo ſo lange als nicht die volle Leiſtung in der Vergangenheit liegt). — *L.* 106 *eod.* „quamdiu id, quod promissum est, *solvatur*“, *L.* 75 § 8 *eod.*, *L.* 6 § 1 *de re jud.* (42. 1), § 33 *J. de act.* (4. 6).

(h) *L.* 26 § 13. 14 *de cond. ind.* (12. 6), *L.* 21 § 6 *de act. emt.* (19. 1). Vgl. oben § 32. ee.

(i) *L.* 25 *pr. de pec. const.* (13. 5).

(k) *L.* 27 § 3 *de pactis* (2. 14). Dadurch wird alſo die al-

In den angeführten Stellen iſt meiſt von Stipulationen die Rede. Dieſelben Regeln gelten aber auch von anderen Verträgen, in welchen alſo gleichfalls der Schuldner die Wahl hat. So der Verkäufer, welcher mehrere Sachen alternativ verkauft (l); der Käufer, welcher mehrere Gegenleiſtungen alternativ verſpricht (m); die Ehefrau, die eine Dos verſpricht (n); der Ehemann, der ſich zur Rückgabe der Dos in alternativer Weiſe verpflichtet (o).

Es kann aber auch durch Vertrag das Wahlrecht dem Glaubiger eingeräumt ſeyn. Dann hängt es von der Beſtimmung des Vertrages ab, ob die einmal ausgeſprochene Willenserklärung den Glaubiger binden ſoll; außerdem kann auch er ſeinen Willen ändern, und wird erſt durch die angeſtellte Klage gebunden (p).

B. Entſtehung durch Teſtament.

Wenn man den Grundſatz, der ſo eben bei den Verträgen geltend gemacht wurde, auf die Legate anwendet,

ternative Obligation in eine einfache verwandelt, mithin auf die Wahl verzichtet.

(l) *L.* 25 *pr.*, *L.* 34 § 6, *L.* 60 *de contr. emt.* (18. 1).

(m) *L.* 21 § 6 *de act. emt.* (19. 1).

(n) *L.* 46 § 1 *de j. dot.* (23. 3).

(o) *L.* 10 § 6 *de j. dot.* (23. 3).

(p) *L.* 112 *pr.*, *L.* 75 § 8 *de V. O.* (45. 1), *L.* 6 § 1 *ad Sc. Tert.* (38. 17), *L.* 34 § 6 *de contr. emt.* (18. 1). Hieraus erklären ſich die Schlußworte der *L.* 138 § 1 *de V. O.* (Note g): „quia diversa causa est voluntatis expressae, et ejus, quae inest.“ Wenn das Wahlrecht durch Vertrag begründet iſt, wie bei dem Glaubiger, ſo kann deſſen Ausübung an die ausgeſprochene Willenserklärung gebunden werden; bei dem Schuldner gründet es ſich auf eine allgemeine Rechtsregel, und in dieſer iſt eine ſolche Einſchränkung nicht enthalten.

ſo führt er, für das ältere Recht, auf folgende Unterſcheidung. Das alternative Legat per vindicationem gewährte dem Legatar die Wahl, das per damnationem dem Erben. Denn bei jenem hatte der Erblaſſer dem Legatar eine freie Thätigkeit (die Vindication) geſtattet, und jede hierin mit Abſicht und Bewußtſeyn aufgenommene Unbeſtimmtheit mußte daher von ſelbſt die Freiheit des Legatars erweitern, alſo zu deſſen Vortheil gereichen (p[1]). Umgekehrt war bei dem Legat per damnationem dem Erben eine Thätigkeit geboten, deren Unbeſtimmtheit alſo ihm den Spielraum der Wahl überließ, gerade ſo, wie es oben von der durch Vertrag begründeten Schuld bemerkt worden iſt.

Dieſe Unterſcheidung wurde denn auch in der That durchgeführt, wie es Ulpian bezeugt (q). Auch ſtimmt

(p[1]) Dieſer Grund wird ſehr klar ausgedrückt in einer Stelle, die urſprünglich auf das Vindicationslegat ſich bezog. *L.* 108 § 2 *de leg.* 1 (30. un.) „Respondi, verius esse, electionem ejus esse, cui potestas sit, qua actione uti velit, id est legatarii."

(q) Ulpian. Tit. 24 § 14. Die Stelle iſt nicht nur ſehr verdorben, ſondern auch im ſechszehnten Jahrhundert interpolirt, läßt aber auch in dieſem Zuſtand kaum einen Zweifel über den wirklichen Inhalt. (Vgl. Savigny vermiſchte Schriften B. 3 S. 53. 63—65.) Sie muß ſo geleſen werden, wie es theilweiſe ſchon von Anderen vorgeſchlagen worden iſt: Optione autem legati per vindicationem data, legatarii electio est, veluti: *hominem optato, eligito.* Idemque est, etsi tacite legaverim optionem. At si ita: *heres meus damnas esto hominem dare*, heredis electio est, quem velit dare. — Auf den erſten Blick ſcheint dieſes Legat nicht alternativ, ſondern generiſch, nämlich auf irgend einen Sklaven überhaupt gerichtet. In der That aber ging es immer nur auf die in der Erbſchaft vorhandenen Sklaven. (*L.* 65 *pr.*, *L.* 71 *pr. de leg.* 1.) Es führte alſo immer nur auf die Auswahl unter einer Anzahl von beſtimmten einzelnen Sklaven.

damit eine Anzahl von Stellen der Digesten so vollständig überein, als ob Justinian die alten Formen der Legate unverändert beibehalten hätte (r). Dieses ist aber in der That nicht geschehen, vielmehr hat Justinian alle Legate, ohne Unterschied der gewählten Ausdrücke, dahin gleichgestellt, daß der Legatar jedesmal das höchste mögliche Recht (also das Recht eines alten Vindicationslegats) erhalten soll (s). Daraus folgt, daß bei einem alternativen Legat stets der Legatar das Recht der Auswahl haben muß, wenn nicht der Erblasser die Wahl dem Erben ausdrücklich überlassen hat, und diese nothwendige Folge ist denn auch in den Institutionen anerkannt (t).

Daher müssen denn die oben erwähnten Stellen der Digesten im Sinn der Justinianischen Gesetzgebung dahin erklärt werden, daß die, welche ursprünglich von einem Damnationslegate sprachen, jetzt auf den Ausnahmefall zu beziehen sind, in welchem der Erblasser dem Erben die Wahl überlassen hat (u).

(r) Vindicationslegat: *L.* 34 § 14, *L.* 108 § 2 *de leg.* 1 (30. un.), *L.* 19. 23 *de leg.* 2 (31. un.). — Damnationslegat: *L.* 84 § 9 *de leg.* 1 (30. un.), *L.* 19, *L.* 11 § 1 *de leg.* 2 (31. un.).

(s) *L.* 1 *C. comm. de leg.* (6. 43), § 2 *J. de leg.* (2. 20).

(t) § 22 *J. de leg.* (2. 20). Daß diese Stelle auf ein alternatives, nicht auf ein generisches Legat zu beziehen ist, folgt aus den Gründen, die bei der Stelle des Ulpian geltend gemacht worden sind (Note q).

(u) Das optionis legatum unterschied sich von dem gewöhnlichen Vindicationslegat darin, daß der Legatar sein Wahlrecht durch eine in besonderer Form ausgesprochene Willenserklärung ausüben mußte. Diese Eigenthümlichkeit ist von Justinian aufgeho-

C. Entstehung durch eine allgemeine Rechtsregel.

Es kommen folgende Fälle dieser Art vor.

1. Wenn ein Commodatar oder Miether die anvertraute Sache durch Dolus oder Culpa verliert, Entschädigung dafür an den Geber zahlt, dann aber der Geber die Sache zurück erhält, so muß der, welcher gezahlt hat, entweder das gezahlte Geld oder die Sache erhalten, weil sonst der Geber ohne Grund bereichert wäre; darauf geht die Klage aus dem Contract (v). Welcher von beiden Theilen hat nun die Wahl? Dieselbe Frage entsteht, wenn, während einer Eigenthumsklage, der Besitzer durch Dolus oder Culpa den Besitz verliert, Entschädigung an den klagenden Eigenthümer zahlt, und nun der Eigenthümer die Sache wieder bekommt.

In allen diesen Fällen muß das Wahlrecht dem Zahlenden zugeschrieben werden, da der Gegner durch die gezahlte Entschädigung völlig abgefunden ist. Die Sache selbst kann dem Zahlenden nicht wider seinen Willen aufgedrungen werden, weil derselbe in jedem Fall durch eine condictio sine causa das gezahlte Geld wieder fordern

ben worden. § 23 *J. de leg.* (2, 20). Auf den alten Unterschied dieser beiden Fälle deutet die Stelle des Ulpian (Note q); in beiden Fällen hatte der Legatar das Wahlrecht. Vgl. *L.* 2 *pr.* § 1 *de opt.* (33. 5), welche Stelle ganz mit der oben angeführten des Ulpian übereinstimmt, und sowohl zur Erläuterung derselben, als zur Feststellung ihres Textes dienen kann.

(v) *L.* 17 § 5 *comm.* (13. 6), *L.* 2 *de cond. sine causa* (12. 7).

kann (w). Zieht er dagegen die Sache vor, ſo kann ihm dieſelbe nicht verſagt werden, weil die gezahlte Entſchädigung als Kaufgeld gilt (x), wodurch der Zahlende entweder unmittelbar das Eigenthum erwirbt, oder doch den Anſpruch auf Eigenthum, und zu dieſem Zweck den Anſpruch auf Ceſſion der Vindication ſeines Gegners gegen jeden dritten Beſitzer (y).

2. Wenn eine Sache unter der Hälfte des wahren Werthes verkauft wird, ſo kann der Verkäufer auf Auflöſung des Vertrags und Rückgabe der Sache klagen. Der Käufer aber hat die Wahl, ob er die Sache zurück geben, oder ob er den vollen Werth als Kaufgeld ergänzen, und dadurch den Vertrag aufrecht halten will (z).

3. Wenn Jemand einen Todten auf fremdem Grundſtück widerrechtlich beerdigt, ſo hat er die Wahl, ob er den Leichnam heraus nehmen, oder den Werth des zur Beerdigung verwendeten Bodens bezahlen will (aa).

Außer dem Wahlrecht ſelbſt ſind nun noch folgende beſondere Regeln zu beachten.

Jedes Wahlrecht geht über auf den Erben des zur

(w) *L.* 2 *de cond. sine causa* (12. 7).

(x) *L.* 1. 3 *pro emt.* (41. 4).

(y) *L.* 5 § 1 *comm.* (13. 6), *L.* 46. 47. 63 *de rei vind.* (6. 1). Die letzte unter dieſen Stellen ſagt ausdrücklich, dem Zahlenden, der die Sache ſelbſt verlange, dürfe nicht das gezahlte Geld aufgedrungen werden.

(z) *L.* 2. 8 *C. de resc. vend.* (4. 43).

(aa) *L.* 7 *pr. de relig.* (11. 7).

Wahl-Berechtigten (bb); außerdem auch auf den Cessionar des Rechts, an welches die Befugniß zur Wahl geknüpft ist (cc).

Wenn die eine von mehreren alternativ verbundenen Leistungen gleich Anfangs unmöglich ist, oder hinterher unmöglich wird durch den zufälligen Untergang (dd) der einen Sache, so tritt diese unmögliche Leistung als Gegenstand der Wahl aus der Obligation aus. War also die Obligation nur auf zwei alternative Leistungen gerichtet, so wird sie in eine einfache Obligation verwandelt, und das Wahlrecht geht unter, ohne Unterschied, wer dasselbe außerdem gehabt haben möge (ee).

Wenn der zur Wahl berechtigte Schuldner aus Irrthum die eine Leistung als eine einfache Schuld ansieht, und deshalb sein Wahlrecht nicht ausübt, so kann er nach Einigen das Geleistete mit der condictio indebiti zurück fordern, um die andere Leistung an die Stelle zu setzen, nach Anderen kann er Dieses nicht. Eben so, wenn er aus Irrthum Beides neben einander leistet (in welchem

(bb) *L.* 76 *pr. de V. O.* (45. 1). Die abweichende Meinung Einiger beruht blos auf dem augenscheinlichen Mißverständniß des Ausdrucks: „haec electio *personalis* est."

(cc) Bangerow S. 19. 20.

(dd) Ueber den modificirenden Einfluß von Dolus und Culpa als Ursache des Unterganges vgl. Bangerow S. 23 fg.

(ee) *L.* 34 § 6 *de contr. emt.* (18. 1), *L.* 10 § 6 *de j. dot.* (23. 3), *L.* 47 § 3 *de leg.* 1 (30. un.), *L.* 2 § 3 *de eo quod certo loco* (13. 4), *L.* 9 § 2 *de fundo dot.* (23. 5), *L.* 5 § 2 *qui et a quib.* (40. 9), *L.* 128 *de V. O.* (45. 1).

Fall er gewiß eine von beiden Leiſtungen zurück erhalten muß), ſoll er nach Einigen auch jetzt noch die Wahl haben, nach Anderen nicht (ff). Juſtinian hat allgemein zum Vortheil des Schuldners entſchieden (gg).

Nach altem Recht ſollte der Glaubiger in einer alternativen Schuld, der unbedingt die eine Leiſtung forderte, die ganze Forderung als Folge des plus petere verlieren, welche Folge im neueſten Recht wegfällt (hh).

Die alternative Obligation wird unter die untheilbaren gerechnet. In welchem Sinn Dieſes aufgefaßt werden muß, iſt ſchon oben (§ 32) angegeben worden.

Das Preußiſche Landrecht hat als Regel das Wahlrecht des Schuldners in einer alternativen Obligation beibehalten (ii). Es hat aber dieſe Regel durch zwei Ausnahmen beſchränkt. Wenn ein Kaufvertrag auf eine von mehreren Sachen gerichtet, und das Wahlrecht unbeſtimmt gelaſſen iſt, ſo ſoll der Käufer die Wahl haben (kk).

(ff) Für den Schuldner: *L.* 32 § 3 *de cond. ind.* (12. 6). — Gegen den Schuldner: *L.* 26 § 13 *de cond. ind.* (12. 6), *L.* 19 *de leg.* 2 (31. un).

(gg) *L.* 10 *C. de cond. ind.* (4. 5).

(hh) § 33 *J. de act.* (4. 6). — *L.* 46 § 1 *de j. dot.* (23. 3) erwähnt für einen ſolchen Fall eine bloße Exception, alſo nicht den Verluſt des Rechts; Das ſcheint eine Interpolation zu ſeyn.

(ii) A. L. R., Th. 1 Tit. 5 § 274. Vgl. Koch Forderungen I. § 5, Koch Lehrbuch II. § 455.

(kk) A. L. R. I. 11 § 38. Nach R. R. wählt der Verkäufer (ſ. o. Note l).

Wenn ferner ein gutsherrliches Recht alternativ auf Dienſte oder Dienſtgeld gerichtet iſt, ſo ſoll dem Gutsherrn, alſo dem Gläubiger, die Wahl zuſtehen (ll).

§. 39.

IV. Gegenſtand der Obligation. Beſtimmte, unbeſtimmte Leiſtungen. Generiſche. Quantitäten.

B. Generiſche Obligationen.

Der juriſtiſche Ausdruck: genus bezeichnet nicht etwa eine ganze Gattung, die als ſolche niemals Gegenſtand eines Rechtsverhältniſſes ſeyn kann, ſondern vielmehr eine einzelne Sache, die nicht individuell, ſondern nur nach ihrem Gattungsbegriff, beſtimmt iſt. Wird nun ein genus in dieſem Sinne zum Gegenſtand einer Obligation gemacht, ſo daß das Individuum innerhalb der bezeichneten Gattung unbeſtimmt bleibt (a), ſo gehört Dieſes unter die Fälle abſichtlich unvollſtändiger Beſtimmtheit (§ 38).

Dieſer Fall hat manche Aehnlichkeit mit dem der alternativen Obligation. Wird durch Vertrag eine generiſche Obligation begründet, ſo hat, wie bei der alternativen, der Schuldner die Wahl der einzelnen Sache; leiſtet er eine ſolche in der irrigen Meinung, als ob er zu dieſer

(ll) A. L. R. II. 7 § 424.

(a) Ueber den Begriff des genus vgl. *L.* 54 *pr. de V. O.* (45. 1). Der Gegenſatz iſt species, eine individuell beſtimmte Sache.

bestimmten Sache verpflichtet sey, so kann er dieselbe mit der condictio indebiti zurück fordern (b).

Auch durch Legat kann eine generische Obligation begründet werden. Zwar gehören die meisten Stellen, die von einem generischen Legat zu reden scheinen, nicht dahin, sondern zu dem alternativen Legat, indem sie sich nur auf die Auswahl unter den zur Erbschaft gehörenden einzelnen Individuen der bezeichneten Gattung beziehen (§ 38. q. t). Allein allerdings kann auch ein rein generisches Legat vorkommmen, wenn etwa der Erblasser, der selbst keine Pferde hat, dem Erben aufträgt, irgend ein Pferd zu kaufen, um es dem Legatar zu geben.

Die generische Obligation wird, so wie die alternative, unter die untheilbaren gerechnet, und es ist schon oben (§ 32) gezeigt worden, in welchem Sinn dieser Satz zu verstehen ist.

C. Quantitäten.

Quantitäten nennen wir Sachen, welche innerhalb der Gränzen einer bestimmten Gattung gar keinen individuellen Werth haben, so daß bei ihnen aller Werth nur durch Zahl, Maaß, oder Gewicht bestimmt wird, die Unterscheidung der Individuen also völlig gleichgültig ist (c).

(b) *L.* 32 § 3 *de cond. ind.* (12. 6). — Das Preußische A. L. R. I. 5 § 275. verordnet, daß eine einzelne Sache von mittlerer Güte gegeben werde.

(c) *L.* 2 § 1 *de reb. cred.* (12. 1), *pr. J. quib. modis re* (3. 14). — Vgl. Savigny System B. 6 § 268 S. 122. 123. — Die Neueren gebrauchen meist den

Wenn solche Quantitäten den Gegenstand von Obligationen bilden, so können dieselben von zwei Seiten angesehen werden. Man kann dabei Rücksicht nehmen auf das Verhältniß der individuellen Stücke zur Gattung, oder auf die Beschaffenheit der Gattung selbst.

Die erste Art der Betrachtung ist juristisch gleichgültig, weil diese Sachen, ihrer Natur nach, keinen individuellen Werth und Unterschied haben. In dieser Hinsicht kann also auch die Obligation nicht als eine unbestimmte gelten.

Die zweite Art der Betrachtung kann dagegen wichtig seyn, da die Gattung selbst (Weizen, Wein u. s. w.) große Verschiedenheiten der Güte und des Geldwerthes zulassen kann. In dieser Hinsicht aber ist nicht mehr von der Quantität als solcher, sondern vielmehr von einer rein generischen Obligation die Rede. Was also hierüber in unseren Rechtsquellen bestimmt wird, kann zugleich zur Bestätigung und Ergänzung der über die generischen Obligationen bereits vorgetragenen Regeln gelten.

Hier wird daher gleichfalls anerkannt, daß unter den verschiedenen Sorten, in welchen die Gattung vorkommt, der Schuldner die Wahl hat (d). Es geschieht Dieses

unlateinischen Ausdruck: res fungibilis. — Der Gegensatz ist corpus oder species (Sache von individuellem Werth). — Verwandte, aber nicht identische Begriffe: Verbrauchbare Sachen (physisch oder juristisch verbrauchbare). § 2 *J. de usufr.* (2. 4); individuell unerkennbare Sachen.

(d) *L.* 99 *pr. de V. O.* (45. 1).

mit dem entscheidenden Zusatz, daß der Schuldner auch die schlechteste Sorte zu wählen befugt ist (e).

Dieses wird gesagt in Anwendung auf reine Stipulationen. Es kann aber eine Abänderung dieser Regel eintreten, sowohl mit Rücksicht auf die besonderen Umstände und Ausdrücke des vorliegenden Vertrages im Einzelnen, als auf die allgemeine Natur gewisser Verträge. So muß bei dem Darlehen die empfangene Quantität in derjenigen Beschaffenheit der Gattung zurück gegeben werden, in welcher sie ursprünglich der Schuldner erhalten hatte (f).

Der Begriff der Quantität, als Gegenstandes einer Obligation, kann nicht blos auf Sachen angewendet werden (also auf das Geben), sondern auch auf manche Arbeit (auf das Thun). In jedem einzelnen Fall kommt es darauf an, ob, bei Begründung der Obligation, die Arbeit als eine ganz individuelle gedacht worden ist (wie z. B. ein Kunstwerk), oder vielmehr als eine solche, die von Jedem auf gleiche Weise geleistet werden, also auch der Schätzung durch Zahl, Maß oder Gewicht unterworfen werden kann (g). Daraus wird es unter andern zu erkennen seyn, ob es in der Absicht der Parteien lag, daß

(e) *L.* 52 *mandati* (17. 1).
(f) *L.* 3 *de reb. cred.* (12. 1).
(g) *L.* 31 *de solut.* (46. 3), *L.* 26 § 12 *de cond. ind.* (12. 6), *L.* 5 *de distrb. reis* (35. 2).

die Obligation auf die Erben übergehen sollte, oder nicht (h).

Unter den Quantitäten giebt es eine, die an Wichtigkeit alle übrigen weit übertrifft: das Geld. Dieses, als möglicher Gegenstand von Obligationen, muß nun noch einer ganz besonderen Betrachtung unterworfen werden.

§. 40.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Begriff und Arten.

D. Geld.

Die Aufgabe, zu welcher wir uns jetzt wenden, wird gewöhnlich in folgender Weise aufgefaßt. Wenn ein Darlehen gegeben wird, dann aber irgend eine Veränderung im Geldwesen vorgeht, so soll bestimmt werden, in welcher Art die Rückzahlung zu leisten ist. — Diese Frage kann allerdings in einzelnen Fällen sehr wichtig seyn, sie hat auch unstreitig Anspruch auf Beantwortung, nur ist eine befriedigende Lösung der Aufgabe in so einseitiger Auffassung unmöglich. Um sie zu lösen, müssen wir zu der

(h) *L.* 15 *C. de contr. stip.* (8. 38). In dem hier erwähnten Fall war offenbar nicht die persönliche Arbeit des Unternehmers beabsichtigt, sondern die Besorgung des Werkes durch Anschaffung von Materialien und Bestellung von Arbeitern.

allgemeineren Frage aufsteigen: Welches ist der wahre Inhalt einer Geldschuld? Diese Frage aber führt unmittelbar zurück zu der noch allgemeineren nach dem Begriff des Geldes.

Schriftsteller:

Hufeland Staatswirthschaftskunst Th. 2. Gießen 1813.

J. G. Hoffmann die Lehre vom Gelde. Berlin 1838 (a).

— — die Zeichen der Zeit im deutschen Münzwesen. Berlin 1841.

J. Helferich von den periodischen Schwankungen im Werth der edlen Metalle. Nürnberg 1843. 8.

Chr. Noback und F. Noback Taschenbuch der Münz-, Maaß- und Gewichts-Verhältnisse. Leipzig 1850. 8.

Der Begriff des Geldes ist anzuknüpfen an den schon anderwärts von mir entwickelten Begriff des Vermögens, als der privatrechtlichen Macht oder Herrschaft der einzelnen Person über Stücke der äußeren Welt (Eigenthum und dessen Modificationen; Recht auf fremde Handlungen) (b). Diese Macht erscheint zunächst als ein Mannichfaltiges, ein Verschiedenartiges; sie läßt sich

(a) Diese Schrift werde ich mit dem bloßen Namen des Verfassers citiren, die folgende mit dem besonderen Titel.

(b) Savigny System B. 1 § 53. 56, S. 338—340. S. 376.

aber auch auffassen als ein Gleichartiges, und als reine Quantität, die dann den abstracten Begriff des Vermögens überhaupt darstellt. Diese künstliche Behandlung des Vermögens wird begründet und bewirkt durch das Geld, als allgemeinen Werthmesser, welches dabei in einer doppelten Function erscheint.

Das Geld erscheint zunächst in der Function eines bloßen Werkzeuges zur Messung des Werthes der einzelnen Vermögensbestandtheile. In dieser Function steht das Geld auf gleicher Linie mit anderen Meßwerkzeugen, mit der Elle, dem Scheffel, dem Pfundgewicht, die sogar gleichfalls als Werthmesser dienen, indem drei Pfunde einer Waare genau den dreifachen Werth haben von Einem Pfunde derselben. Nur freilich sind es blos relative Werthmesser, indem sie sich auf die Vergleichung des Werthes von Quantitäten eines und desselben Gegenstandes beschränken, anstatt daß das Geld als absoluter Werthmesser dient, also zur Vergleichung des Werthes der verschiedensten Gegenstände geeignet ist.

Das Geld erscheint aber daneben noch in einer zweiten und höheren Function, indem es den von ihm gemessenen Werth selbst in sich schließt, und so den Werth aller anderen Vermögensstücke vertritt. Daher verleiht das Eigenthum des Geldes dieselbe Macht, welche die durch dasselbe gemessenen Vermögensstücke zu verleihen fähig sind, und es erscheint hierin das Geld als ein abstractes Mittel zur Auflösung aller Vermögensstücke in bloße Quantitäten.

Das Geld also gewährt seinem Eigenthümer eine allgemeine, auf alle Gegenstände des freien privatrechtlichen Verkehrs anwendbare, Vermögensmacht, und es erscheint in seiner zweiten Function als selbstständiger Träger dieser Macht, allen besonderen Bestandtheilen des Vermögens zur Seite stehend, und mit denselben gleich berechtigt und gleich wirksam. Diese dem Gelde einwohnende Vermögensmacht hat daher auch das Eigenthümliche, daß sie von individuellen Fähigkeiten und Bedürfnissen unabhängig ist, also für Jeden, und unter allen Umständen, gleiche Brauchbarkeit hat (c).

Fragen wir nun weiter, wodurch irgend eine Art von Sachen die fast geheimnißvolle Eigenschaft erlangen kann, die sie fähig macht, ihrem Eigenthümer jene Macht zu verschaffen, und zugleich das Vermögen selbst in eine gleichartige Masse aufzulösen, in welcher es als reine Quanti-

(c) *L.* 1 *pr. de contr. emt.* (18.1) (ist abgedruckt im § 44 als Num. II). — Hoffmann S. 1—12. In seiner vortrefflichen Darstellung der allgemeinen Natur des Geldes nehme ich nur einen kleinen Anstoß an dem etwas zu engen Ausdruck, das Geld verleihe die Macht, zu kaufen. Es giebt uns aber auch die Macht, zu miethen, zu pachten, durch Darlehen Anspruch auf Zinsen zu erwerben, fremde Arbeit für uns zu gewinnen u. s. w. Soll nun der Ausdruck: kaufen auf alle diese Erweiterungen unserer persönlichen Macht angewendet werden, so ist Dieses doch nur als figürliche Bezeichnung möglich. — Will man jene Macht mit einem kurzen, einfachen Ausdruck bezeichnen, so dürfte der von mir gebrauchte Ausdruck: Vermögensmacht als angemessen erscheinen. Wenn in einzelnen Fällen individuelle Beschränkungen vorkommen, wie z. B. bei dem Erwerbe von Rittergütern u. s. w., so hängen diese davon ab, daß manche Rechte nicht ausschließend dem Privatrecht angehören (dessen Bestandtheil das Vermögen ist), sondern theilweise dem öffentlichen Recht.

tät erscheint. Dieses kann nur geschehen durch die Allgemeinheit der Anerkennung des Geldwerthes, also durch den allgemeinen Glauben, wodurch Jeder zu der Bereitwilligkeit bestimmt wird, das Geld in diesem Werthe anzunehmen, weil er weiß, daß jeder Andere es von ihm in demselben Werthe wieder anzunehmen bereit seyn wird (d).

Eine solche allgemeine Anerkennung aber wird in irgend einer größeren Ausdehnung, in einem ganzen Staate, oder gar durch mehrere Staaten hindurch, nie von selbst entstehen, ohne höhere Vermittlung, die in der Zwischenkunft der Staatsgewalt besteht. Diese Wahrnehmung könnte wiederum zu der Meinung führen, daß der Staat durch sein Gesetz das Geld begründe und schaffe, und daß er in der Wahl des Stoffes, so wie in der Beilegung des Werthes, nach Willkür verfahren könne.

Eine solche Meinung aber würde ganz irrig seyn, und könnte, wenn man ihr nachgeben wollte, nur zu verderblichen Folgen führen. Schon deswegen, weil bei steigender Cultur der Geldverkehr weit über die Gränzen eines einzelnen Staates hinausgeht, auf welche doch die Macht und der Einfluß der regierenden Gewalt beschränkt ist. Aber auch in jedem einzelnen Staate kann die Regierung den oben erwähnten Glauben, auf welchem allein die wirkliche Macht des Geldes beruht, unmöglich erzwingen.

(d) Ueber diesen Grundcharakter des Geldes vgl. Hoffmann S. 12, Rau politische Oekonomie B. 1 § 62. 127. 257, Hufeland § 95. 98. 100. 113. 145.

Vielmehr beſchränkt ſich der Einfluß der Regierung auf bloße Vermittlung, das Münzgeſchäft iſt blos ein Verſuch, wahres Geld zu ſchaffen, deſſen Gelingen auf der Wahl der richtigen Mittel beruht, um jenen allgemeinen Glauben hervorzubringen. Dieſer kann aber möglicherweiſe ganz fehlen (welches nicht leicht geſchieht), dann iſt durch den angeſtellten Verſuch gar kein Geld zu Stande gekommen; er kann auch (welches häufiger vorkommen wird) theilweiſe fehlen, dann iſt in geringerem Maße, als beabſichtigt wurde, Geld geſchaffen worden. Man kann dieſen Unterſchied auch ſo ausdrücken, daß durch die Thätigkeit einer Regierung wahres Geld entſteht, nur wenn und in ſoweit die öffentliche Meinung es als ſolches anerkennt; oder, mit anderen Worten, die öffentliche Meinung entſcheidet nicht nur darüber, ob Etwas Geld ſey, ſondern auch, in welchem Grade es dieſe Eigenſchaft habe.

Beſonders wichtig nun iſt die Wahl des Stoffes, der als Geld dienen ſoll. Bei einer geringen Stufe der Ausbildung ſind gar mancherlei Stoffe als Geld benutzt worden, wie Pelzwerk, Muſcheln, Steinſalz, Cacao u. ſ. w. (e). Bei ſteigender Bildung überzeugte man ſich früh, daß das Metall vor allen anderen Stoffen die wünſchenswerthen Eigenſchaften eines Geldſtoffes beſitze. Manche Völker des Alterthums, beſonders die Italiſchen, fingen damit an, daſſelbe Metall als Geld zu benutzen,

(e) Fichte hat bekanntlich für den von ihm entworfenen geſchloſſenen Handelsſtaat Ledergeld vorgeſchlagen.

welches auch durch die Verarbeitung zu Waffen, Bildwerken, Hausrath und Ackerwerkzeugen verbreitet und werthvoll war. So gebrauchten namentlich die Römer zu beiderlei Zwecken ein Metall, aes genannt, das wir am treffendsten als Bronze bezeichnen können, da es aus Kupfer, mit einer mäßigen Beimischung von Zinn und Blei zur leichteren Bearbeitung, bestand (f). Sobald aber der Verkehr einen etwas größeren Aufschwung nahm, wurden die zwei edlen Metalle, Silber und Gold, zur Grundlage des Geldwesens erhoben (g), und dieser Zustand hat sich seitdem durch alle Jahrhunderte und durch alle in Verbindung stehenden Völker erhalten (h).

Die Wahl gerade dieser Stoffe zur Grundlage des Geldwesens beruhte nicht auf Zufall und Laune, sondern auf folgenden Eigenschaften derselben. Zuvörderst sind sie, wie alle Metalle, leicht zu theilen und in größere Massen

(f) Der Beweis für die Waffen und Geräthe liegt in den chemischen Untersuchungen von Klaproth (Chemische Abhandlungen B. 6 Berlin 1815 S. 81—88), für das Geld in denen von Göbel (Einfluß der Chemie auf die Ermittelung der Völker der Vorzeit Erlangen 1842. 8. S. 29, angeführt von Mommsen über das Römische Münzwesen Leipzig 1850 S. 252). — Nicht damit im Widerspruch steht Klaproth S. 33 bis 35, der zweierlei Römische Münzen angiebt, rothe und gelbe, die ersten aus reinem Kupfer, die zweiten aus Kupfer und Zink (also Messing); denn Klaproth sagt ausdrücklich, daß er diese Analysen blos an Münzen der Kaiserzeit vorgenommen habe.

(g) In Rom wurde das Silbergeld im Jahre 485 der Stadt als Courantgeld eingeführt, in Folge des wachsenden Verkehrs mit Unter-Italien und Griechenland.

(h) Platina ist nur versuchsweise in Rußland als Geld gebraucht worden, aber niemals in den Weltverkehr eingetreten.

ſo zu vereinigen, daß man ſtets gewiß ſeyn kann, reine Quantitäten eines gleichartigen Stoffes vor ſich zu haben. Ihr eigenthümlicher Vorzug aber beſteht in ihrer größeren Dehnbarkeit, einer geringen Oxydationsfähigkeit, endlich auch darin, daß ſie nur durch großen Aufwand von Zeit und Kräften zu gewinnen, und rein darzuſtellen ſind; dadurch wird ihr Preis nicht nur höher, als der Preis anderer Metalle, ſondern auch unabhängiger von dem natürlichen Vorkommen in den verſchiedenen Ländern (i).

Die edlen Metalle haben einen ſelbſtſtändigen Werth als Handelswaare, unabhängig von ihrem Geldgebrauch, und im Verkehr ſtellt ſich unvermeidlich ein beſtimmtes Verhältniß feſt zwiſchen dem Werth einer gewiſſen Quantität (Gewichts) der edlen Metalle zu dem Werth anderer Vermögensſtücke. Dieſes Verhältniß iſt an ſich gleichgültig, und eine Beherrſchung deſſelben iſt weder nöthig noch möglich. Die Verwandlung jener Metalle in Geld geſchieht dadurch, daß unter Aufſicht der Regierung größere und kleinere Stücke derſelben abgegränzt, und gewöhnlich auch mit einem Zeichen verſehen werden, aus welchem das Gewicht des edlen Metalles, das ſie enthalten, zu erkennen iſt. Die oben beſchriebene Vermittelung wird nun ſehr leicht bewirkt, indem der geforderte Glaube auf die einzige Thatſache ſich beſchränkt, daß jedes Geldſtück in der That das Gewicht enthält, worauf die Bezeichnung

(i) Hoffmann S. 12. Rau politiſche Oekonomie B. 1 § 262, B. 2 § 250.

deutet. Dieser Glaube kann nur dadurch erschüttert werden, daß aus Unredlichkeit oder Nachlässigkeit in der Ausführung die Geldstücke nicht das versicherte Gewicht an edlem Metall enthalten, wohin insbesondere auch der Fall gehört, wenn im Laufe der Zeit eine heimliche Veränderung in dem Ausmünzen vorgenommen wird. — Die Art der Bezeichnung ist übrigens gleichgültig, wenn sie nur allgemein bekannt und verständlich ist. Sie kann geschehen durch bloße Bezugnahme auf irgend eine gangbare Rechnungsmünze, deren Verhältniß zu dem Metallgewicht außerdem bekannt ist (k), oder auch durch unmittelbare Angabe des in dem Geldstück enthaltenen Gewichts an edlem Metall (l).

Eine besondere Schwierigkeit entsteht noch dadurch, daß zwei edle Metalle neben einander als eigentliches Geld gebraucht werden, indem das Preisverhältniß dieser Metalle als Waare einem steten Schwanken unterworfen ist (m).

(k) So z. B. häufig auf den Zwanzigern die bloße Zahl 20, d. h. Zwanzig Kreuzer desjenigen Münzfußes, in welchem Ein Gulden (60 Kreuzer) den zwanzigsten Theil einer Mark Silber enthält. — „3 einen Thaler" bei den Preußischen Stücken von Zehen Silbergroschen. — Eben so: „12 einen Thaler, 2½ Silbergroschen" bei den Preußischen Zwölftheilstücken.

(l) So auf den Preußischen Thalerstücken: „XIV. eine feine Mark." — Auf den Preußischen Stücken von Fünf Silbergroschen: „84 eine feine Mark." — Sehr oft aber auch beiderlei Bezeichnungen (Note k. l) neben einander.

(m) Hoffmann S. 90. 93. Rau B. 1 § 277, B. 2 § 250. — Wie weit die neuen Entdeckungen in Kalifornien das bisher bestehende Preisverhältniß schnell und stark erschüttern werden, steht noch zu erwarten.

Daher muß denn eines derſelben als Grundlage des Geldſyſtems angenommen werden, neben welchem das andere eine untergeordnete Stellung einnimmt. Jene vorzügliche Stellung iſt meiſt dem Silber eingeräumt worden, welches namentlich in Deutſchland ſeit dem ſechszehenten Jahrhundert faſt ohne Ausnahme die Grundlage des Geldweſens bildet. In England hat man in neuerer Zeit angefangen, das Gold dem ganzen Münzſyſtem zum Grund zu legen (n). — In Deutſchland ſind von jeher neben dem Silbergeld hauptſächlich zwei einheimiſche Goldmünzen vorgekommen: in den Gulden-Ländern Dukaten (beſonders Oeſterreichiſche), in den Thaler-Ländern Piſtolen, zu einem Nennwerth von Fünf Thalern, unter verſchiedenen Namen je nach den einzelnen Ländern (Friedrichsdor, Auguſtdor u. ſ. w.). — Bei dem oben erwähnten Schwanken des Goldpreiſes, den man früherhin zu gering anzunehmen pflegte, iſt ſeit langer Zeit ſehr allgemein ein Aufgeld (Agio) gegen das Silbergeld entſtanden, nur von verſchiedener und wechſelnder Höhe. Bei den Preußiſchen Friedrichsdoren wird daſſelbe in den öffentlichen Kaſſen, und demgemäß meiſt auch im Privatverkehr, zu 13⅓ Procenten, alſo zu zwei Drittheilen eines Thalers, über den Nennwerth von Fünf Thalern Silbergeld, angenommen.

(n) Hoffmann S. 94. Früherhin war in Deutſchland der aus Italien herſtammende Goldgulden großentheils vorherrſchend. Die Stadt Bremen hat bis auf unſere Zeit die Goldwährung angewendet.

Wenn nun in irgend einem Lande ein beſtimmtes Geldſyſtem eingeführt, und ein feſter Glaube an daſſelbe begründet iſt, ſo kann es geſchehen, daß neben dieſem, aus Silber oder Gold beſtehenden, wirklichen Gelde auch noch ein bloßes Zeichengeld eingeführt werde. Und zwar kann Dieſes in zweierlei Weiſe, und zu zwei verſchiedenen Zwecken, vorkommen.

Es kann zuerſt geſchehen, um die Maſſe des Geldes als Mittels zum Verkehr, zu vermehren, ohne eine größere Menge von Silber oder Gold in Geld zu verwandeln. Dieſes geſchieht durch die Anfertigung von Papiergeld, welches das wirkliche Geld nur vorſtellt, indem man ihm die Bezeichnung irgend einer Zahl von Thalern, Gulden u. ſ. w. willkürlich giebt, und zwar durch eine von der Regierung ausgehende Veranſtaltung. Hier fehlt es nun ganz an dem oben angegebenen Grunde des Glaubens, welcher in dem Werthe des Metalls als Waare beſtand. Das als Geldſtück bezeichnete Papier iſt an ſich völlig werthlos, und der Glaube kann daher lediglich begründet werden durch das Vertrauen zu der Regierung. Zur Unterſtützung des Glaubens können folgende Umſtände dienen: die Beſchränkung der Maſſe des Papiergeldes auf ein gehöriges Maß, beſtimmt durch das vorhandene Bedürfniß des Geldumlaufs; die Annahme des Papiergeldes in den öffentlichen Kaſſen; ganz beſonders aber irgend eine Anſtalt, wodurch der leichte und ſichere Umtauſch des Papiers in Metallgeld jederzeit bewirkt werden kann.

Durch das Papiergeld können zwei, an sich verschiedene, Vortheile bezweckt und erreicht werden. Aus dem geringen Umfang und dem unbedeutenden Gewicht entsteht für die Einzelnen die Bequemlichkeit, größere Summen leichter umher zu tragen, zu versenden und aufzubewahren, als es bei dem Metallgeld möglich ist. Für den Staat aber entsteht derselbe Vortheil, wie wenn ihm eine gleich große Summe als zinsloses Darlehen gegeben worden wäre. Er gewinnt die Zinsen derjenigen Summe, die er in der Gestalt von Papiergeld ausgegeben hat.

In dem Papiergeld findet sich ein doppelter Charakter vereinigt. Auf der einen Seite ist es dazu bestimmt, als wahres Geld zu dienen, und wirkt auch in der That so, wie dieses, sogar in sehr bequemer und vortheilhafter Weise, so lange die oben dargestellten Bedingungen vorsichtig und gewissenhaft eingehalten werden. Auf der anderen Seite aber hat es die Natur einer wahren, eigentlichen Staatsschuld, und zwar einer unverzinslichen (o).

Ein Zeichengeld kann aber auch eingeführt werden zu dem ganz anderen Zwecke, um für die Bedürfnisse des kleinen, täglichen Marktverkehrs in eigenthümlicher Weise zu sorgen, anders, als es für den größeren Geldverkehr auf angemessene Weise einzurichten ist. Da nämlich ganz geringe Geldwerthe in Silber nicht füglich darzustellen

(o) Preußische Verordnung vom Dec. 1824. (G. S. 1824 p. 238). 17. Jan. 1820 § 18 (G. S. 1820 — Rau B. 2 § 265, B. 3 p. 15). Kabinetsordre vom 21. § 427.

sind, so bedarf es für den kleinen Verkehr eines Mittels der Theilung und Ausgleichung, welches durch die Scheidemünze (im Gegensatz des Courantgeldes) dargeboten wird. Diese besteht zunächst in Kupfergeld, welches zwar auch für sich einen Werth als Handelswaare haben könnte, aber in seiner Geldgestalt in so unverhältnißmäßig hohem Werth (besonders wegen der relativ sehr hohen Prägekosten) ausgebracht wird, daß jener Metallwerth unbeachtet bleibt, so daß es, gleich dem Papiergelde, als bloßes Zeichengeld angesehen wird.

Auf diesem Wege aber ist man auch noch zu einem Mittelding zwischen dem Silbergeld (Courant) und Kupfergeld (Scheidemünze) in folgender Weise gekommen. Man hat kleines Silbergeld mit einem überwiegenden Zusatz von Kupfer (Billon) geprägt, welches nur als Scheidemünze dienen soll, und zur Zahlung von Summen, die in größeren Stücken dargestellt werden können, nicht aufgedrungen werden darf. Auf der anderen Seite aber haben diese Stücke doch einen wirklichen Metallwerth durch das in ihnen enthaltene Silber. Jedoch ist dieser Werth geringer, als der Werth, den sie als Geld vorstellen, so daß also auch bei ihnen der Staat einen Gewinn macht, ähnlich dem Gewinn bei dem Papiergeld und Kupfergeld, nur um Etwas geringer. Diese Stücke stehen daher in der Mitte zwischen dem wirklichen Geld und dem bloßen Zeichengeld; sie sind wirkliches Geld, in sofern sie in der That Silber enthalten, Zeichengeld, in sofern sie

weniger Silber enthalten, als ſie nach ihrem Nennwerthe enthalten müßten. Der Gewinn, den hieran der Staat macht, iſt unſchädlich, ſo lange alle Scheidemünze in ihren rechten Gränzen bleibt, das heißt, wenn ſie nur in dem Umfang geprägt wird, in welchem ſie zur Befriedigung des ſehr kleinen Geldverkehrs nothwendig iſt. Wird dieſe Gränze überſchritten, ſo kann die Scheidemünze in ähnlicher Weiſe verderblich werden, wie das mißbräuchlich vermehrte Papiergeld. — Die Erfahrungen, die hierüber im Preußiſchen Staat gemacht worden ſind, können das fehlerhafte und das richtige Verfahren anſchaulich machen.

In Preußen wurde in der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts eine Scheidemünze als Billon geprägt, beſtehend in Groſchen und halben Groſchen ($\frac{1}{24}$ und $\frac{1}{48}$ des Thalers); dieſe ſollten geſetzlich zwei Drittheile ihres Nennwerthes an Silber enthalten. Der hieran gemachte Gewinn verleitete zu dem unrichtigen Verfahren, die Summe dieſer Münzen über Gebühr zu vermehren, ſo daß davon zuletzt mehr, als Vierzig Millionen Thaler in Umlauf geſetzt waren. Dennoch erhielten ſie ſich lange Zeit in ihrem vollen Nennwerthe, ein großer Theil des inneren Handels, und namentlich faſt der ganze Getreidehandel, wurde in dieſem Gelde geführt. Nach dem Kriegsunglück von 1806 kamen plötzlich dieſe Münzen aus den benachbarten Ländern und aus den abgetretenen Provinzen in das übrig gebliebene Land zurück, und nun ſank ſchnell ihr Cours zur großen Verwirrung alles Verkehrs. Zugleich

zeigte es sich nun, daß sie in Masse nicht einmal die ursprünglich angenommenen $\frac{2}{3}$, sondern nur $\frac{4}{7}$ ihres Nennwerthes an Silber enthielten. Es bleibt ungewiß, wie viel von dieser (nicht sehr erheblichen) Differenz auf ungenaue Prägung, auf Abnutzung, oder auf allmälig eingemischtes falsches Geld, zu rechnen seyn mag. Gewiß aber sind diese nachtheiligen Einflüsse durch zahlreiche und thätige Wipper sehr vermehrt worden. Jene Münzen wurden daher nun gesetzlich zuerst auf $\frac{2}{3}$, dann auf $\frac{4}{7}$ ihres Nennwerthes herabgesetzt, und es blieb zuletzt Nichts übrig, als sie in diesem Preise einzulösen und einzuschmelzen, welches nicht ohne große Opfer des Staates geschehen konnte, nachdem auch die Einzelnen ansehnliche Verluste erlitten hatten (p).

(p) Hoffmann S. 68. 78. 79. — Ich selbst habe gesehen, wie in Berlin ein großer Theil des Handels mit solchen Groschen in zusammen geklebten Papierpaketen von zehn Thalern (240 Groschen) betrieben wurde, die nicht gezählt, sondern gewogen wurden. Für den Freund des Römischen Alterthums hatte es einen besonderen Reiz, mit eigenen Augen zu sehen, wie hier die täglichen Geschäfte per aes et libram besorgt wurden, und zwar nicht einmal mit einer symbolischen Wage, wie zur Zeit der alten Juristen, sondern ganz ernstlich, gerade wie in der allerälteſten Römischen Zeit. — Ich habe dieses Beispiel angeführt, weil es mir am Genauesten bekannt war. Man muß aber nicht glauben, daß andere deutsche Staaten von solchen Verirrungen und ihren Folgen frei blieben. Ganz ähnlich war es im südlichen Deutschland mit den Sechskreuzerstücken; vielleicht sogar noch schlimmer, besonders auch darin, daß man das Uebel weit in die Zeit des langen Friedens und Wohlstandes fortdauern und wachsen ließ. Besonders berüchtigt war zu ihrer Zeit eine Finanzspeculation der Koburgischen Regierung, sowohl durch die große Ausdehnung, die sie der Sache gab, als durch die absichtliche Uebervortheilung der Nachbarländer.

Zu diesem fehlerhaften Verfahren gesellte sich noch eine willkürliche Bestimmung der Gesetzgebung, nach welcher jeder Glaubiger genöthigt wurde, die Zahlung von Schulden in solcher Münze zum Nennwerth anzunehmen; jedoch allerdings nur bei sehr kleinen Schulden, nämlich bei Schulden bis zu Zehen Thalern ganz, bis zu Dreißig Thalern zur Hälfte (q).

Ein ganz entgegengesetztes Verfahren aber hat die neuere Preußische Münzgesetzgebung eingeschlagen. Die Scheidemünze in Billon besteht nunmehr in Stücken von $\frac{1}{12}$, $\frac{1}{30}$, $\frac{1}{60}$ des Thalers. Jedes derselben enthält $\frac{7}{8}$ seines Nennwerthes an reinem Silber. Es werden davon nicht mehr Stücke geprägt, als das Bedürfniß des kleinen Verkehrs erfordert. Der Glaubiger braucht dieselben nur anzunehmen bei Zahlungen von weniger, als $\frac{1}{6}$ eines Thalers, außerdem kann er Zahlung in Courantgeld fordern (r). So ist also hier gegen jeden Mißbrauch und dessen nachtheilige Folgen sichere Vorsorge getroffen.

Aus der bisher gegebenen Darstellung geht hervor, daß der Gegensatz des wirklichen Geldes und des Zeichengeldes mit dem des Metallgeldes und des Papiergeldes nicht völlig zusammenfällt, daß vielmehr die Scheidemünze in der Mitte liegt, die auch Metallgeld ist, und dennoch

(q) Allg. Landrecht I. 11 § 57. § 780, I. 16 § 77.

(r) Gesetz 30. Sept. 1821 § 7 bis 11 (G. S. 1821 p. 160), Gesetz 28. Jun. 1843 (G. S. p. 255).

bald ganz, bald theilweise, als Zeichengeld angesehen werden muß.

Theils, um die bisherige Darstellung zu ergänzen, theils, um die folgende Untersuchung anschaulicher zu machen, wird es nöthig seyn, die Bedeutung des Münzfußes, und die wichtigsten Anwendungen desselben auf Deutschland, zu erörtern.

Unter Münzfuß eines Landes, in einer gegebenen Zeit, ist zu verstehen das Gewicht an edlem Metall, welches in jedem ausgeprägten Geldstück enthalten seyn soll, und unter jeder bloßen Rechnungsmünze zu verstehen ist; also das Gewicht an Silber für die Silbermünzen, an Gold für die Goldmünzen.

In Deutschland ist bei den Silbermünzen von jeher zum Grunde gelegt worden die Cölnische Mark an reinem Silber (Mark fein).

Etwa von der Mitte des achtzehenten Jahrhunderts an war nun in dem größten Theil von Deutschland der Zustand folgender (s).

Zwei Rechnungsmünzen wurden hier allgemein ange-

(s) In einem Theil des nordwestlichen Deutschlands hat sich ein schwererer Münzfuß erhalten, so wie auch andere Rechnungsmünzen, als Thaler und Gulden, dem Geldwesen daselbst zum Grunde liegen. — Ueber die hier im Text enthaltenen Angaben sind zu vergleichen: Hoffmann S. 62—66. Rau B. 2 § 255. Noback Taschenbuch. Früher war der (Leipziger) 18 Guldenfuß vorherrschend.

wendet, der Thaler und der Gulden, die aber eigentlich als eine und dieselbe angesehen werden konnten: denn der Thaler ist gleich anderthalb Gulden, der Gulden also gleich zwei Drittheilen des Thalers.

Es kam nun ein dreifacher Münzfuß vor, bis auf ganz neue Zeit in folgender Verschiedenheit:

1. Der Zwanzigguldenfuß oder Conventionsfuß, seit 1753 (t), in welchem Zwanzig Gulden mit ihren Theilstücken, also $13\frac{1}{3}$ Thaler, aus der Mark fein geprägt wurden. Er galt namentlich in Oesterreich (wo er noch besteht), und in Sachsen.

2. Der Vierundzwanziggulden fuß (seit 1754), 24 Gulden oder 16 Thaler auf die Mark fein. In Baiern und im südwestlichen Deutschland. Dabei fand sich die auffallende Erscheinung, daß dieser Fuß blos in Rechnungsmünzen vorkam, indem darin (mit geringen Ausnahmen) keine wirkliche Münzen geprägt zu werden pflegten. Das Geldbedürfniß wurde befriedigt durch die Münzen des Zwanziggulden fußes, denen man nur eine andere Bedeutung beilegte, vermittelst der leichten und einfachen Reduction im Verhältniß von Fünf zu Sechs. Die Zwanziger und Zehener galten also hier 24 und 12 Kreuzer, das Zwei-

(t) Er wurde 1748 in Oesterreich eingeführt, dann 1753 in einer Convention zwischen Oesterreich und Baiern angenommen. Daher sind die Ausdrücke: Conventionsfuß, Conventionsgeld, Conventionsmünze, entstanden. Baiern ging aber bald nachher zum Vierundzwanziggulden fuß über. Vgl. Roback S. 1403—1408.

guldenstück (Speciesthaler oder Conventionsthaler) $2\frac{2}{3}$ Gulden. Neben diesen Geldsorten aber war auch viel ausländisches Geld im Umlauf, besonders der französische Laubthaler (écu de six livres), $2\frac{3}{4}$ leichte Gulden geltend. Dazu kam gegen Ende des achtzehenten Jahrhunderts, nachher stets zunehmend, eine neue Geldsorte, der Kronenthaler (Brabanter, später ausgemünzt auch als Bairischer, Würtembergischer, Badischer, Darmstädtischer ꝛc. Thaler), welcher anderthalb Thaler ($2\frac{1}{4}$ Gulden) des Zwanzigguldenfußes, also 2 Gulden 42 Kreuzer des Vierundzwanzigguldenfußes galt.

3. Der Einundzwanzigguldenfuß, Vierzehn Thaler auf die Mark fein. Bis auf sehr neue Zeit blos im Preußischen Staat geltend, dann aber in mehreren Nachbarstaaten angenommen. Eingeführt 1750, nach mancher Abweichung hergestellt 1764. Er heißt auch der Graumannsche Fuß.

Die hier angegebene Verschiedenheit war für den Handelsverkehr fast gar nicht störend, und der ganze Zustand des Geldwesens befriedigend, indem die Ausführung des hier oder dort angenommenen Münzfußes redlich besorgt wurde. Die übertriebene Anfertigung geringhaltiger Scheidemünze in manchen Ländern beschränkte ihre nachtheiligen Folgen in den meisten Fällen auf die Gränzen des eigenen Landes (Note p).

Eine Störung im Großen aber trat dadurch ein, daß die oben erwähnten Kronenthaler geringhaltiger, als nach der öffentlichen Angabe, ausgemünzt wurden, so daß sie um

mehrere Procente ſchlechter waren, als ihr Nennwerth. Dieſes Uebel wurde beſonders drückend im gegenſeitigen Verkehr der zum Zollverein gehörenden Staaten. Man konnte dem Uebel abhelfen durch Umprägung der geringhaltigen Kronenthaler, welches nicht ohne bedeutende Opfer geſchehen konnte, indem damals die Scheidekunſt noch weit unvollkommener war, als ſie gegenwärtig iſt. Daher zogen es die ſüddeutſchen Staaten vor, ihren Münzfuß ſelbſt aufzugeben, indem ſie von dem 24 zu dem 24½ Guldenfuß übergingen, in welchem ſie dann auch wirkliches Geld prägten. Dadurch wurde zugleich eine Annäherung an den Preußiſchen Münzfuß durch leichtere Reduction bewirkt, indem jetzt Vier Preußiſche Thaler genau den Werth haben von Sieben Gulden des neu eingeführten Münzfußes.

Durch dieſe wichtige Veränderung iſt einestheils eine größere Uebereinſtimmung in dem Geldweſen des inneren Deutſchlands entſtanden, anderntheils den großen Mißbräuchen vorgebeugt worden, welche vorher Verwirrung in den Verkehr gebracht hatten. Sie iſt hervorgegangen aus einem Vertrage unter ſämmtlichen Mitgliedern des Zollvereins vom J. 1838 (u), welchem ein beſchränk-

(u) Abgedruckt in der Preußiſchen Geſetzſammlung von 1839 S. 18—24. — Vgl. Hoffmann Zeichen der Zeit S. 29. 47. 48. — Der Niederländiſche (Brabanter) Kronenthaler war in Wien ſchon im J. 1816 auf 2 Gulden 12 Kreuzer des Zwanziggulden-fußes herabgeſetzt worden (K. Franz Geſetze im Juſtiz-Fache

terer Vertrag einiger Staaten im Jahre 1837 vorhergegangen war.

§. 41.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Verschiedene Werthe.

In dem Geld können dreierlei Werthe unterschieden werden, deren Natur und Verschiedenheit genau angegeben werden muß, bevor eine Feststellung der Rechtsregeln über dieselben mit sicherem Erfolge versucht werden kann. Ich nenne diese drei Werthe: Nennwerth, Metallwerth, Courswerth.

A. Nennwerth.

Darunter ist zu verstehen der Werth, welcher jedem Geldstück, nach der Absicht seines Urhebers, beizulegen ist. Der Kürze wegen will ich diesen Urheber den Münzherrn nennen, worunter also der Staat selbst zu verstehen ist in derjenigen Thätigkeit, wodurch er das Geld hervorbringt, um damit die oben (§ 40) erwähnte unentbehrliche Vermittelung zu übernehmen. Jene Absicht kann in sehr verschiedener Weise ausgesprochen werden. Es kann geschehen durch die bloße Bezeichnung der Münzen selbst (§ 40. k. l). Ferner durch eine öffentliche Bekanntmachung

v. 1812—1817. Wien 1819. Fol. S. 391). — Im südlichen Deutschland waren in Kronenthalern mehr, als 166 Millionen Gulden im Umlauf. Noback S. 1183. 1184. 1414.

in Form eines Gesetzes (a). Eben so durch eine bloße Anweisung an die Münzbeamten im Verwaltungswege, welche wiederum amtlich bekannt gemacht werden kann oder nicht.

Der Nennwerth ist auf alle Arten von Geld anwendbar, auf wirkliches, wie auf bloßes Zeichengeld; bei diesem letzten ist er vergleichungsweise noch wichtiger, da hier die Bestimmung des Werthes mit freierer Willkür geschieht und geschehen muß, als bei dem aus edlen Metallen bestehenden Gelde. — Der unmittelbare Einfluß des Nennwerthes beschränkt sich auf das Land, in welchem das Geld entstanden ist, und worin der Münzherr durch Gebot oder Autorität wirken kann; der Einfluß auf das Ausland hängt weit mehr von zufälligen Umständen ab. Daher ist denn in jedem einzelnen Staate für das etwa im Umlauf befindliche ausländische Geld ein wahrer Nennwerth gar nicht vorhanden, und es ist nur ein unvollständiges Surrogat desselben, wenn zuweilen die einheimische Regierung Tarife über das Werthverhältniß eines solchen fremden Geldes zu dem einheimischen bekannt macht. Diese Tarife haben zuweilen den Zweck, die Annahme des fremden Geldes in den eigenen öffentlichen Kassen zu reguliren, zuweilen blos den Zweck, durch Belehrung der Unterthanen

(a) Beispiele: das Preußische Gesetz über die Münzverfassung von 1821 (G. S. 1821 p. 159). — Kabinetsordre von 1824 wegen Einführung der neuen Kassen-Anweisungen (G. S. 1824 p. 238). — Eben so mehrere frühere Gesetze über die Tresorscheine u. s. w. (§ 46. t. u.).

auf einen richtigen Cours einzuwirken, während die öffentlichen Kaſſen das fremde Geld gar nicht annehmen (a[1]).

Für dieſe Art des Geldwerthes werden meiſt andere Benennungen gebraucht.

Man nennt ihn häufig den äußeren Werth, im Gegenſatz des inneren, worunter der Metallwerth verſtanden werden ſoll. Allein dieſe abſtracte Bezeichnung des Gegenſatzes erſcheint beſonders deswegen nicht zweckmäßig, weil daneben der Courswerth in eine zweideutige und zweifelhafte Stellung kommt. In der That werden auch jene Ausdrücke von den Schriftſtellern in ganz verſchiedenen Bedeutungen gebraucht, wodurch ſie ſich vollends ungeeignet zu Kunſtausdrücken erweiſen.

Andere gebrauchen für den Werth, welchen ich den Nennwerth nenne, den Ausdruck: geſetzlicher Werth, allein auch dieſe Bezeichnung muß ich ablehnen. Zunächſt ſchon deswegen, weil der Ausſpruch in Form eines Geſetzes, wie ich oben gezeigt habe, nur einer der mehreren Wege iſt, auf welchen der Münzherr ſeine Abſicht kund geben kann. Dazu kommt aber noch ein zweiter und wichtigerer Grund. Der Ausdruck: geſetzlicher Werth führt leicht zu dem Nebenbegriff, als läge in dem Nennwerth die geſetzliche Vorſchrift für die Unterthanen des Münzherrn, jenen Werth als den wahren in ihren Rechts-

(a[1]) Beiſpiele: Preußiſche Geſetzſammlung 1816 S. 118, 1821, S. 184. 190.

geſchäften anzuerkennen. Eine ſolche Vorſchrift iſt nun allerdings denkbar, wovon in dem § 42 die Rede ſeyn wird. Sie verſteht ſich aber gar nicht von ſelbſt, und iſt namentlich in den Geſetzen, welche einen Nennwerth ausſprechen, nicht nothwendig enthalten. Mehrere der oben angeführten Geſetze (Note a) enthalten dieſe Vorſchrift nicht, ja manche derſelben ſprechen geradezu das Gegentheil eines ſolchen Zwanges aus.

Der Nennwerth hat keine nothwendig bleibende Natur, er kann vielmehr im Laufe der Zeit verändert werden.

B. Metallwerth.

Unter dieſem wird verſtanden der Werth, welcher jedem Geldſtück zuzuſchreiben iſt wegen des in ihm enthaltenen Gewichts von reinem Silber oder Gold. Dieſer Werth iſt ſicher erkennbar durch die Wage und durch die chemiſche Unterſuchung des Stoffs: die erſte beſtimmt das Schrot, die zweite das Korn des Geldſtücks. Allein dieſer Weg der Erkenntniß iſt ſo ſchwierig und koſtbar, daß er für den Einzelnen meiſt unausführbar iſt. Daher tritt an die Stelle die ſchon oben erwähnte öffentliche Verſicherung über den Gehalt an Silber oder Gold, die ſehr gewöhnlich auf den Geldſtücken ſelbſt zu leſen iſt (§ 40 k. l), verbunden mit dem Vertrauen auf die Wahrheit dieſer Verſicherung.

Der Metallwerth hat darin eine beſchränkte Anwendbarkeit, daß er Geldſtücke von Silber oder Gold voraus-

ſetzt, alſo bei dem Papiergeld gar nicht vorkommen kann, und eben ſo wenig bei dem, ohnehin hier ganz unbedeutenden, Kupfergeld. Dagegen iſt er auf der anderen Seite weniger beſchränkt, als der Nennwerth, indem er von den Gränzen des einzelnen Landes unabhängig iſt.

Viele gebrauchen dafür den Ausdruck: innerer Werth, im Gegenſatz des äußeren, als welchen ſie den Nennwerth bezeichnen. Die Gründe, welche ich bei dieſem letzten gegen eine ſo abſtracte Bezeichnung geltend gemacht habe, müſſen auch dem Gebrauch jenes Ausdrucks entgegen treten.

Es iſt ſo eben erwähnt worden, daß die öffentliche Verſicherung über den Metallgehalt nur in ſoweit ſichere Wirkung hervorbringe, als man der Wahrheit derſelben Glauben ſchenke. Die Wichtigkeit dieſes Punktes macht es nöthig, die verſchiedenen Gründe zuſammen zu ſtellen, aus welchen die Wahrheit von der Verſicherung abweichen kann.

1. Zunächſt iſt ein Umſtand zu erwähnen, der uns glauben machen könnte, die meiſten Geldſtücke enthielten ſogar einen höheren Werth, als den, worauf ihre Bezeichnung hindeutet. Nur ſehr ſelten nämlich wird reines Silber oder Gold ausgemünzt, faſt immer erhält es einen, oft recht bedeutenden, Zuſatz von Kupfer, welches die Legierung oder Beſchickung genannt wird. So iſt in Vierzehen Preußiſchen Thalerſtücken zwar wirklich eine feine Mark enthalten, allein jeder Thaler erhält außerdem,

zum dritten Theil seines Silbergewichts, Zusatz von Kupfer, so daß darin drei Viertheile aus Silber, Ein Viertheil aus Kupfer bestehen. Nun möchte man glauben, das Thalerstück wäre mehr werth, als Ein Thaler (d. h. als $\frac{1}{14}$ der Mark Silber), indem der Werth des beigefügten Kupfers hinzu gerechnet werden müßte. Denn der Empfänger eines Thalerstücks kann es allerdings einschmelzen, und dann jedes Metall besonders verkaufen. Indessen sind die Kosten der Ausscheidung so groß, daß sie den Werth des Kupfers weit übersteigen, so daß ein solches Verfahren gewiß nicht zu befürchten ist. Zwar muß der Staat das zur Beschickung dienende Kupfer kaufen, aber diese Ausgabe wird in die allgemeinen Münzkosten mit eingerechnet, und es ist daher allgemeiner Gebrauch, den Werth des zugesetzten geringeren Metalls gar nicht in Anschlag zu bringen, wo von dem Metallwerth des Geldes die Rede ist (b).

2. Der unzweifelhafteste Grund einer Abweichung der Wahrheit von der Versicherung würde darin bestehen, wenn mit Absicht jedem Geldstück ein geringeres, als das zugesicherte, Gewicht an edlem Metall zugetheilt würde, um der Regierung diese Differenz als Gewinn zuzuwenden. Ein solches Verfahren ist in früherer Zeit öfter einge-

(b) Hoffmann S. 23—30. Rau B. 2 § 252. — In neuerer Zeit hat man sich überzeugt, daß die früher angenommenen Vortheile einer starken Regierung keinen wahren Grund haben, worüber auch noch Hoffmann nicht im Klaren gewesen zu seyn scheint

schlagen worden, späterhin aber meist verschwunden, da es der aufmerksamen Handelswelt nicht lange unbemerkt bleiben kann, dann aber der Zweck nicht erreicht wird. Der neueste erhebliche Fall einer Abweichung solcher Art ist bei den Kronenthalern im südlichen Deutschland eingetreten (§ 40).

3. Als fernerer Grund einer Abweichung kann der Schlagschatz vorkommen, worunter eine Verminderung des Metallgehalts verstanden wird, welche zum Zweck der Deckung der Münzkosten dienen soll. Dafür scheint eine gewisse Billigkeit zu sprechen, indem dem Staat nicht zugemuthet werden kann, den zum Vortheil der Einzelnen durch die Münzanstalt gemachten Aufwand aus seinen Mitteln zu bestreiten, auf der anderen Seite aber der Empfänger des Geldstücks in diesem Etwas erhält, das ihm durch Einrichtung und Bezeichnung brauchbarer ist, als ein rohes Stück Silber von demselben Gewicht. Dennoch ist es nicht räthlich, aus diesem Grunde eine Verminderung der Geldstücke vorzunehmen, weil dadurch zu leicht das Vertrauen in den Metallgehalt des Geldes geschwächt wird, auch sehr oft der Vorwand des Schlagschatzes dazu gedient hat, ihn über die wahren Gränzen auszudehnen, und so den vorher erwähnten, ganz verwerflichen reinen Gewinn unvermerkt durchzuführen.

Es ist daher vorzuziehen, daß die Deckung der Münzkosten auf anderem Wege gesucht werde, nämlich durch möglichst wohlfeilen Ankauf des edlen Metalls. Zu diesem

Zweck hat man nicht ſelten die Eigenthümer der einheimiſchen Bergwerke genöthigt, das Metall unter dem ſonſt üblichen Preiſe an die Münze zu verkaufen; allein zu einer ſolchen einſeitigen Belaſtung des einzelnen Gewerbes fehlt ein gerechter Grund. Dagegen giebt es in dem Handel mit edlen Metallen keine größeren Käufer, als die Münzherren, welchen es zugleich an Kapital nicht fehlen kann; wenn nun Dieſe, mit gehöriger Aufmerkſamkeit auf den Welthandel, Zeit und Gelegenheit zu wohlfeilem Ankauf benutzen, ſo werden ſie meiſtens im Stande ſeyn, auf dieſem völlig tadelloſen Wege die Münzkoſten zu decken (c). Wenn die Münze von Privatperſonen in Anſpruch genommen wird, welche das rohe Gold oder Silber einliefern, um es in Geldſtücke verwandeln zu laſſen, ſo wird Dieſen der Schlagſchatz in Abrechnung gebracht.

4. Eine Abweichung kann ferner entſtehen durch eine unvollkommene Ausführung der Vertheilung der einzelnen Geldſtücke, wobei der Fehler bald liegen kann in der nicht gleichmäßigen Vertheilung des zuſammengeſchmolzenen Silbers und Kupfers (alſo in dem Korn), bald in dem ungleichen Gewicht der einzelnen Geldſtücke (in dem Schrot). Dieſe Abweichung war in früherer Zeit äußerſt häufig und wichtig, iſt aber durch die fortſchreitende Münzkunſt in immer engere Gränzen eingeſchloſſen worden. Da dieſelbe jedoch nie völlig vermieden werden kann, ſo hat man ſich damit

(c) Hoffmann S. 50. Rau B. 2 § 257, B. 3 § 196—198.

begnügt, durch Gesetze die Gränzen zu bestimmen, in welchen sich jene Abweichung halten muß, wenn sie noch geduldet und den ausführenden Münzbeamten nachgesehen werden soll. Man nennt diese Gränze das Remedium, Fehlergränze, tolérance, oder auch remède (d). — Auch das Remedium ist früherhin nicht selten als Vorwand mißbraucht worden, um einen unredlichen Gewinn zu verdecken.

5. Ein weiterer Grund der Abweichung lag früher sehr häufig in dem Beschneiden (Kippen) der Münzen, dessen Gefährlichkeit durch die vervollkommnete Prägekunst sehr abgenommen hat.

6. Ein unvermeidlicher, mit dem Alter der Münzen fortschreitender, Grund liegt in der natürlichen Abnutzung, die nicht selten dazu nöthigt, die allzu abgegriffenen Stücke einzuwechseln, und mit Verlust einzuschmelzen (e).

7. Alle diese Gründe der Abweichung endlich können, einzeln oder in Verbindung, dahin wirken, daß der versicherte, vielleicht auch ursprünglich vorhandene, Metallwerth nicht mehr anerkannt wird, wodurch dann im Verkehr die Geldstücke durchschnittlich einen geringeren Werth erhalten, als sie nach dem Nennwerth haben sollten, ohne

(d) Hoffmann S. 39. — Ueber das Remedium in Preußischen Gesetzen vgl. G. S. 1821 p. 162, G. S. 1843 S. 256. — Für die Vereinsmünze von zwei Preußischen Thalern beträgt das Remedium nur drei Tausendtheile. G. S. 1839 p. 21.

(e) Hoffmann S. 43—48. S. 98.

Rückſicht darauf, daß die einzelnen Stücke bald mehr, bald weniger Silber oder Gold enthalten mögen. Dieſer Zuſtand wird dann noch beſonders verderblich durch das unredliche Gewerbe ſolcher Perſonen, die aus einer Menge von Geldſtücken die beſſeren ausſondern und einſchmelzen, die ſchlechteren aber wieder in den Umlauf bringen (Wipper) (f).

Der Metallwerth der einzelnen Geldſtücke hat an ſich eine bleibende, von bloßer Willkür unabhängige, Natur, er kann aber zufällige Veränderungen erfahren durch das Beſchneiden und durch die Abnutzung der Geldſtücke, welche jedoch in neuerer Zeit weniger gefährlich, als früher, geworden ſind.

C. Courswerth.

Unter dieſem wird derjenige Werth verſtanden, welchen der allgemeine Glaube, alſo die öffentliche Meinung, irgend einer Art des Geldes beilegt. Dieſer ſteht in unmittelbarem Zuſammenhang mit dem oben (§ 40) erklärten Weſen des Geldes überhaupt, und daraus wird die Realität und Wichtigkeit des Courswerthes von ſelbſt einleuchtend.

Der Courswerth iſt nicht gebunden an die Gränzen eines beſtimmten Staates, wohl aber kann er, je nach Orten und Ländern, verſchieden ſeyn, und auch das beſondere Verhältniß eines einzelnen Staates kann, innerhalb

(f) Die älteren Deutſchen Ge- rungen gegen die Kipper und ſetze ſind angefüllt mit Vorkeh- Wipper.

der Gränzen desselben, Einfluß darauf ausüben. — Er hat durchaus keine bleibende Natur, ist vielmehr, in verschiedenen Zeiten, den stärksten Veränderungen unterworfen.

Bei dieser, örtlich und zeitlich wandelbaren Natur des Courswerthes kann er nur dadurch eine bestimmte Bedeutung erhalten, und zur Grundlage von Rechtsregeln fähig werden, daß er auf irgend ein Unwandelbares, von Ort und Zeit Unabhängiges, zurückgeführt wird. Als eine solche unwandelbare Grundlage des Courswerthes ist der Werth des edlen Metalles zu betrachten, also des Silbers oder des Goldes, je nachdem Silberwährung oder Goldwährung in einem Lande besteht. Wenn also etwa bei irgend einer Art des Papiergeldes der Courswerth für zwei Zeitpunkte, die Zehen Jahre aus einander liegen, verglichen werden soll, so muß man in deutschen Staaten fragen, wie viel reines Silber in dem einen und anderen Zeitpunkte für Einen Thaler (oder Einen Gulden) jenes Papiergeldes gekauft werden konnte; dadurch ist der Courswerth desselben für beide Zeitpunkte fest bestimmt (g).

Die hier aufgestellte Behauptung ist nun allerdings

(g) Das hier angegebene Verfahren könnte für schwieriger gehalten werden, als es in der That ist, indem freilich der Handel mit rohem Silber als Waare nicht so häufig vorkommt, daß man stets dessen Stand leicht erforschen könnte. Es bedarf aber dieser Nachforschung nicht, da überall irgend ein vollhaltiges Silbergeld von allgemein bekanntem und unzweifelhaftem Silbergehalt vorhanden seyn wird (wie z. B. das Preußische Thalerstück und ebenso der Oesterreichische Zwanziger), welches zur Vergleichung vollkommen ausreicht.

nicht ganz unbestritten, indem sie mit in die große und verwickelte Streitfrage von dem schwankenden Preise der edlen Metalle, verglichen mit anderen Waaren, hereingezogen worden ist. Ein solches Schwanken, wie es insbesondere seit der Entdeckung von Amerika in vielen Ländern fühlbar geworden ist, soll keinesweges geleugnet werden, so daß also der Werth der edlen Metalle nicht für ein absolut, sondern nur für ein relativ Unwandelbares (in Vergleichung mit jeder anderen Waare) ausgegeben werden soll. In der That haben deshalb Manche für einen besseren, noch mehr unwandelbaren, Maßstab manches Andere ausgeben wollen; namentlich den Preis des Getreides, oder auch den Preis der Arbeit, so wie er sich in dem gewöhnlichen Tagelohn darstellt.

Dennoch muß ich auf jener Behauptung, als einer völlig gewissen, fest bestehen, und zwar aus folgenden Gründen. Zuerst beruhen viele Angaben von schwankenden Preisen der edlen Metalle, und zwar gerade die stärksten und auffallendsten, auf bloßen Mißverständnissen, indem man die großen Veränderungen im Münzfuß übersah, und sich durch die gleichnamige Bezeichnung höchst verschiedener Münzsorten täuschen ließ. — Zweitens ist jenes Schwanken immer erst nach längeren Zeiträumen fühlbar geworden, anstatt daß bei allen anderen Waaren, namentlich bei dem Getreide, ein weit stärkeres Schwanken, und zwar ganz plötzlich und zufällig, vorzukommen pflegt. — Endlich ist jenes Schwanken durch den in neuerer Zeit sichtbar ge-

wordenen Gang des großen Welthandels immer mehr vermindert worden (h).

Fragen wir nun ferner, woran der Courswerth zu erkennen ist, so erscheint auf den ersten Blick gerade dieser Punkt sehr bedenklich. Denn wenn wir erwägen, wie schwankend und unsicher auf anderen Gebieten die öffentliche Meinung, oft an demselben Ort und zu derselben Zeit, zu seyn pflegt, so möchten wir eine gleiche Ungewißheit auch bei dem Courswerthe des Geldes erwarten. In der That aber steht es damit ganz anders. Jeder Einzelne hat hier das größte Interesse, eine allgemeine Uebereinstimmung zu fördern und sich derselben zu fügen. Diese Uebereinstimmung wird erleichtert durch die Vereinigung der Handelsleute an den Börsen der Handelsplätze, deren ausgesprochene Meinung entscheidenden Einfluß auf große Landstriche ausübt. Dazu kommt die unglaubliche Vervielfältigung und Beschleunigung des Verkehrs zwischen Städten und Ländern vermittelst der Eisenbahnen, Telegraphen und Dampfschiffe, und durch diese ist zunächst in Europa, dann aber auch nach anderen Welttheilen hin, eine Gemeinschaft der Courswerthe des Geldes entstanden, von deren Möglichkeit man in früherer Zeit keine Ahnung gehabt hat. Durch diese Einrichtungen ist für das, auf den hier vor-

(h) Ueber diese wichtigen und schwierigen Fragen verweise ich auf folgende Schriften: Helferich durch das ganze Werk, besonders S. 40. 46—47. 266—268. Rau B. 1 § 169—178. Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 3 Anhang I.

liegenden Gegenſtand bezügliche, Denken und Wollen der über die ganze Erde verbreiteten einzelnen Menſchen eine annähernde Gemeinſchaft herbeigeführt worden, die wir noch in ſtetem Fortſchreiten begriffen ſehen.

Betrachten wir nun zuletzt noch das Verhältniß der eben erklärten drei Werthe des Geldes neben einander.

Der geſunde, normale Zuſtand des Geldweſens beſteht in der möglichſten Uebereinſtimmung dieſer Werthe; alſo bei dem Metallgeld in der Uebereinſtimmung des Nennwerthes mit dem Metallwerth und Courswerth: bei dem Papiergeld in der Uebereinſtimmung des erſten mit dem letzten dieſer Werthe.

Bedeutende Abweichungen von dieſem Zuſtande werden nicht leicht ohne nachtheilige Einwirkung auf den Verkehr und auf das Vermögen der Einzelnen bleiben (i). Eine beſonders wichtige, und ſehr nachtheilige, Wirkung beſteht darin, daß, wenn in einem Lande zweierlei Geld, gutes und ſchlechtes (ſey es Metall neben Metall, oder Metall neben Papier), gleichzeitig im Umlauf iſt, ſehr gewöhnlich das gute Geld verſchwindet, indem es theils auswandert, theils verſchloſſen oder vergraben wird.

Die ſtärkſten Abweichungen kommen bei dem Papier-

(i) Daß hierin in neueren Zeiten weit beſſere Ueberzeugungen Raum gewonnen haben, als früher, bemerkt Rau B. 3 § 201.

gelde vor. — Zwischen dem Metallwerth und dem Courswerth kann am wenigsten Verschiedenheit auf die Dauer sich erhalten. Oben ist das Beispiel angegeben worden von den alten Preußischen Groschen (§. 40. p), deren Courswerth viele Jahre hindurch dem Nennwerthe gleich blieb, obgleich der Metallwerth zuletzt nur Vier Siebentheile desselben betrug. Daß umgekehrt der Courswerth geringer, als der Metallwerth, stehen sollte, wird nur in geringem Maße und nur vorübergehend eintreten können, weil es sonst ein sehr lohnendes Geschäft seyn würde, eine solche Geldart einzuwechseln, einzuschmelzen, und als rohes Metall zu verkaufen (k).

Zur Erläuterung will ich noch einige Fälle angeben, in welchen solche Abweichungen im allergrößten Umfang vorgekommen sind, und theilweise noch jetzt vorkommen.

In der ersten Französischen Revolution wurde ein Papiergeld unter dem Namen der Assignaten, bald nachher ein anderes unter dem Namen von Mandaten, eingeführt. Der Courswerth von beiden sank sehr schnell und sehr stark, so daß sie nach nicht langer Zeit gar keinen Werth mehr hatten. Natürlich mußte daneben das Metallgeld fast ganz verschwinden, indem es entweder in das Ausland

(k) Wenn daher für eine sehr alte Zeit der Courswerth irgend einer Geldart auszumitteln ist, wofür es an hinreichenden Zeugnissen fehlt, so wird, wegen dieser natürlichen Uebereinstimmung, der erweisliche Metallwerth zugleich als wahrscheinlicher Courswerth angenommen werden können.

gebracht, oder verborgen gehalten wurde. Ein so unnatürlicher Zustand würde völlig vernichtend gewirkt haben, wenn er nicht eine mäßige Dauer gehabt hätte (l).

In Oesterreich hatte man neben dem Metallgeld ein Papiergeld (Bankzettel), welches bei mäßigem Umfang bequem und vortheilhaft für den Verkehr war. Durch unverhältnißmäßige Vermehrung fing es um das Ende des achtzehenten Jahrhunderts an, im Courswerth zu sinken, und dieses Uebel nahm so zu, daß im J. 1811 die ganze Masse des Papiergeldes (1060 Millionen Gulden) gesetzlich auf $\frac{1}{5}$ ihres ursprünglichen Nennwerthes herab gesetzt wurde (m). Das nun an die Stelle gesetzte neue Papiergeld (Einlösungsscheine, Anticipationsscheine, unter

(l) Da ich vermuthen kann, daß die Meisten meiner Leser niemals Assignaten gesehen haben mögen, so will ich von einem solchen Stück, das zufällig vor mir liegt, den wesentlichen Theil der Aufschrift hierher setzen: „Assignat de cinq cents liv. hypothéqué sur les domaines nationaux. créé le 20 pluviôse l'an 2ème de la république. (Oben:) la loi punit de mort le contrefacteur. (Unten:) la nation recompense le denonciateur.“ — Es waren nach und nach über 45000 Millionen livres in Assignaten ausgegeben worden. Helferich S. 186.

(m) Finanzpatent 20. Feb. 1811 (K. Franz Gesetze im Justizfache 1804—1811. Wien 1816 S. 254). Bancozettel auf $\frac{1}{5}$ gesetzt und so gegen Einlösungsscheine ausgewechselt (§ 2—4). Diese Scheine sind jetzt Wiener Währung und einzige Landes-Valuta (§ 8). Contracte dürfen nur in dieser Wiener Währung geschlossen werden, mit Ausnahme der auf eine bestimmte Münzsorte lautenden Darlehen (§ 9). „Klingende Münze“ in Contracten bedeutet von jetzt an Einlösungsscheine (§ 15). Besondere Cours-Scala für die Zahlung der älteren Schulden (§ 12. 13. 14).

dem gemeinſamen Namen der Wiener Währung) wurde ſpäter wieder auf $\frac{2}{5}$ geſetzt, ſo daß dadurch die Herabſetzung im Ganzen auf $\frac{2}{25}$ des urſprünglichen Nennwerthes geſchah (n). Aber auch das nun an die Stelle geſetzte neueſte Papiergeld (Banknoten, Kaſſenanweiſungen u. ſ. w.) verliert jetzt wieder etwa ein Viertheil ſeines Nennwerthes gegen Metallgeld im Courſe. Auch hier iſt die ſtets unvermeidliche Folge eingetreten, daß das Metallgeld aus dem Verkehr faſt ganz verſchwunden iſt.

Das hier beſchriebene Uebel iſt in Frankreich ungleich heftiger geweſen, dagegen von kurzer Dauer. In Oeſterreich iſt es milder aufgetreten, es dauert aber daſelbſt (mit Unterbrechungen) ſchon länger, als ein halbes Jahrhundert.

In beiden Ländern hat es völlig die Natur eines Staats-Bankerottes an ſich getragen, da jedes Papiergeld nicht nur Geld, ſondern zugleich wahre Staatsſchuld iſt (§ 40. o).

(n) Die Herabſetzung auf $\frac{2}{5}$ geſchah durch eine bloße Bekanntmachung der Bank vom 9. März 1820. Die Wiener Währung war allmälig wieder bis über 600 Millionen vermehrt worden, wurde aber ſpäterhin bis auf eine ſehr mäßige Summe eingezogen. Roback S. 1422. 1424.

§. 42.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Rechtsregeln.

Die ganze bisher angestellte Untersuchung sollte blos den Weg bahnen zur Beantwortung der Rechtsfrage, worin der wahre Inhalt einer Geldschuld besteht; woraus dann weiter die rein praktische Frage zu entscheiden seyn wird, in welcher Summe eine früher entstandene Geldschuld zu tilgen ist.

Suchen wir nun zunächst an die oben (§ 39) aufgestellten Begriffe anzuknüpfen, so werden wir kein Bedenken haben, folgende Sätze anzuerkennen: Das Geld gehört unter die Quantitäten, daher ist unter den einzelnen Stücken einer gewissen Art des Geldes so wenig Unterschied, als unter den einzelnen Weizenkörnern, die sich in einem Haufen vereinigt finden; die einzelnen Geldstücke sind an sich nicht zu unterscheiden, also unerkennbar; sie sind endlich im juristischen Sinne verbrauchbar, indem ihr wahrer und richtiger Gebrauch in dem Ausgeben besteht, welches in der Regel jede fernere Verfolgung des früheren Eigenthums an denselben eben so unmöglich macht, als wenn sie körperlich aufgezehrt wären (a).

Erscheint nun hierdurch die Unterscheidung der einzelnen Stücke in jeder Geldart juristisch sowohl unmöglich,

(a) § 2 *J. de usufr.* (2. 4). Vgl. oben § 39. b.

als gleichgültig, ſo wird um ſo wichtiger die Unterſcheidung der einzelnen Geldarten ſelbſt. Dadurch ſcheint aber unſere ganze Frage in das Gebiet der generiſchen Obligationen überzugehen, ſo daß der Zweifel und Streit über eine beſſere und eine geringere Geldart dieſelbe Natur haben würde, wie der Streit über guten und ſchlechten Weizen. Dann müßte der Schuldner die Wahl haben, in welcher Geldart er leiſten wolle, oder, was daſſelbe ſagt, es müßte die Leiſtung ſtets in der geringſten unter den mehreren zweifelhaften Geldarten erfolgen (§ 39. b). — Allein dieſe Entſcheidung würde nur auf einem täuſchenden Schein beruhen. Die ſo eben in Erinnerung gebrachte Regel über die Behandlung der generiſchen Schulden ſetzt voraus einen Fall abſichtlicher Unbeſtimmtheit, deren Ergänzung dem Gutfinden des Schuldners überlaſſen bleibt (§ 38). Ein ſolcher Fall aber iſt bei eigentlichen Geldſchulden nie anzunehmen. Bei dieſen denken die Betheiligten ſtets an einen ganz beſtimmten Werth, und es kann nur zweifelhaft und ſtreitig werden, welches dieſer Werth iſt. Daher iſt unſere Frage nicht nach der Regel über die generiſchen Schulden zu entſcheiden (b), ſondern vielmehr nach den Regeln über die Auslegung der Rechtsgeſchäfte. Dieſe Auslegung werden wir zunächſt nach der allgemeinen Natur des Geldes verſuchen müſſen. Daneben aber wird

(b) Dieſe Regel kommt allerdings zur Anwendung in manchen untergeordneten und minder wichtigen Fällen, die aber nicht mehr in das Gebiet der reinen Geldſchulden gehören (ſ. u. § 43. b).

zu unterſuchen ſeyn, inwiefern poſitive Geſetze darin etwa eingreifen mögen.

Unſere Frage nimmt nunmehr folgende beſtimmtere Geſtalt an:

> Iſt der Inhalt einer Geldſchuld zu verſtehen von dem Nennwerth, oder von dem Metallwerth, oder von dem Courswerth der in dem Rechtsgeſchäft ausgeſprochenen Geldſumme?

Dabei iſt ſogleich einleuchtend, daß neben dem oben dargeſtellten geſunden Zuſtand des Geldweſens, welcher in der Uebereinſtimmung der verſchiedenen Werthe beſteht (§ 41), jene Frage ohne praktiſche Bedeutung ſeyn wird; desgleichen wird ſie nicht leicht Veranlaſſung zu Zweifel und Streit geben, wenn nicht in dem Zuſtand des Geldweſens, in der Zwiſchenzeit zwiſchen der Gründung und der Tilgung der Schuld, irgend eine Veränderung eingetreten iſt, ſey es in Einem jener Werthe, oder in mehreren derſelben. Eine ſolche Veränderung kann ſich beziehen auf Schulden der verſchiedenſten Entſtehung, alſo auf Schulden aus Darlehen, Kauf, Pachtvertrag, Teſtament oder Delict. Unter dieſen Fällen aber iſt der des Darlehens aus mehreren Gründen der wichtigſte. Zunächſt deswegen, weil gerade in dieſem Fall am häufigſten eine Dauer des Schuldverhältniſſes durch lange Zeiträume vorkommt. Dann aber auch aus dem anderen Grunde, weil bei dem Darlehen nach allgemeinen Rechtsregeln die Beſchaffenheit des urſprünglich empfangenen Stoffes maßgebend iſt für die Beſchaffenheit des zurück zu

gehenden (c), ſo daß es hier am wenigſten ankommt auf die mögliche Verſchiedenheit in den Gedanken der den Vertrag ſchließenden Parteien, und alſo auf die wörtliche Auslegung der in dem Vertrag gebrauchten Ausdrücke, die aber auch in anderen Fällen ohnehin gleichgültig und leicht irre führend ſeyn wird, wo es auf unſere Frage über den wahren Inhalt einer Geldſchuld ankommt.

Indem ich mich nun zur Beantwortung der oben formulirten Rechtsfrage wende, und alſo bei jedem der drei Werthe unterſuche, ob er als der wahre anzuſehen ſeyn möchte, will ich voraus erklären, daß ich den Courswerth für den wahren halte. Die entſcheidende Widerlegung der beiden anderen wird alſo erſt durch die Begründung des Courswerthes gegeben werden können; es wird ſich jedoch auch ſchon bei jedem der beiden anderen zeigen, daß denſelben noch ganz eigenthümliche Gründe entgegen ſtehen.

A. Nennwerth.

Für den Nennwerth, als wahren Inhalt einer Geldſchuld, wird zunächſt der Grund geltend gemacht, daß der Urheber des Geldes in jedem Staate (den ich oben den Münzherrn genannt habe), indem er das Geld ſchaffe, allein in der Lage ſey, auch den Werth deſſelben nach ſeinem Ermeſſen zu beſtimmen. Dieſer Grund aber verliert ſein Gewicht durch die Erwägung, daß die wahre Thätig-

(c) So iſt es anerkannt im Preußiſchen Recht. A. L. R. I. 11 § 778, I. 16 § 74. Römiſchen Recht. *L.* 3 *de reb. cred.* (12. 1). Eben ſo auch im

keit des Münzherrn nur scheinbar eine schaffende, in der That aber eine vermittelnde ist (§ 40).

Mehr Schein hat der Grund, daß der Münzherr meist neben dieser seiner Eigenschaft zugleich die andere, weit wichtigere Eigenschaft des Gesetzgebers hat, und daß, wegen dieser Vereinigung von zwei Gewalten in Einer Person, der Ausspruch des Münzherrn über den Nennwerth des Geldes zugleich als Gesetz bindend ist für alle Einwohner des Staates, und insbesondere für jeden Richter, der über eine Geldschuld zu entscheiden hat. — Dieser Punkt erfordert um so mehr eine recht genaue Erwägung, als in der erwähnten, sehr häufigen, Behauptung, Wahres und Falsches auf verführende Weise vermischt ist. Folgende Sätze sind hierin wohl zu unterscheiden.

1. Der Ausspruch des Münzherrn über den Nennwerth irgend einer Geldart wird zuweilen in der Form eines Gesetzes, oft aber in ganz anderen Formen, etwa durch ein bloßes Zeichen auf den Münzen, erlassen (§ 41). In den Fällen dieser letzten Art hat der oben angegebene Grund auch nicht einmal einen Schein für sich.

2. In den Fällen der ersten Art ist ein solcher Schein allerdings vorhanden. Dennoch hat ein Gesetz, welches den Nennwerth ausspricht, nicht nothwendig den Sinn, daß dadurch der Wille der Einwohner gebunden, die Entscheidung der Richter bestimmt werden soll. Daß dieser Sinn nicht nothwendig, also nicht allgemein, anzunehmen

ist, erhellt aus dem Umstand, daß unter den Gesetzen, welche den Nennwerth einer Geldart aussprechen, manche ausdrücklich sagen, daß die Einwohner und die Richter daran gebunden seyn sollen (wovon sogleich mehr die Rede seyn wird), anstatt daß andere das Gegentheil ausdrücken (§ 41. a), so daß solche Gesetze mit beiden entgegengesetzten Bestimmungen gleich vereinbar sind. Wenn daher ein den Nennwerth aussprechendes Gesetz diesen Punkt unbestimmt läßt, so sind wir nicht berechtigt, dasselbe so auszulegen, als ob dadurch der Richter gebunden seyn sollte, indem wir dadurch eine ganz positive Vorschrift in das Gesetz willkürlich hinein legen würden.

3. Dagegen soll gar nicht geleugnet werden, daß Gesetze von einem solchen bindenden Inhalt allerdings erlassen werden können, auch öfter gegeben worden sind. Der Inhalt und die Wirkung einer solchen Vorschrift wird der Zwangscours des Geldes genannt. Wo nun ein solches Gesetz vorhanden ist, da hat es durchaus keinen Zweifel, daß jeder Richter dasselbe anwenden muß, indem jedes Gesetz auf unbedingte Befolgung Anspruch hat, auch selbst, wenn der Richter den Inhalt für tadelnswerth, hart und ungerecht halten sollte.

Einige Beispiele aus dem wirklichen Leben werden die Bedeutung des Zwangscourses anschaulicher machen, wobei voraus zu bemerken ist, daß derselbe bei dem Metallgeld weder oft, noch in besonderer Wichtigkeit, vorkommt, anstatt daß bei dem Papiergeld die mögliche An-

wendung deſſelben mit ihren gefährlichen Folgen ohne Gränzen iſt.

Im größten Maßſtabe wurde der Zwangscours geltend gemacht bei den Franzöſiſchen Aſſignaten und Mandaten, und es wurden die gewaltſamſten Mittel zur Durchführung deſſelben nicht geſcheut (§ 41). In Folge der neueſten Revolution wurde im März 1848 wieder ein Zwangscours eingeführt für die billets de banque (d), der jedoch ſchon im Auguſt 1850 wieder aufgehoben wurde.

Als im Preußiſchen Staate, in Folge des Kriegsunglücks von 1806, das Papiergeld unter den Nennwerth ſank, war die Geſetzgebung öfter ſchwankend über den Zwangscours. Im J. 1813 iſt derſelbe völlig aufgehoben worden, und dieſer Zuſtand hat ſich ſeitdem ſtets erhalten (e).

In Oeſterreich hat, neben den wiederholten geſetzlichen Reductionen des Papiergeldes, der Zwangscours mancherlei Modificationen erfahren. Durch das Finanzpatent vom 1. Jun. 1816 (§ 1. 16) wurde erklärt, daß nie wieder ein Papiergeld mit Zwangscours eingeführt werden würde, und daß insbeſondere die damals eingeführten neuen Banknoten keinen Zwang mit ſich führen ſollten. Aber gerade dieſe Banknoten wurden wieder mit dem Zwangscours im J. 1848 verſehen, zuerſt durch einen bloßen

(d) Les codes Français par Tripier Paris 1851. p. 1410.
(e) S. u. § 46. t. u.

Ministerialerlaß, dann durch ein bestätigendes kaiserliches Patent (e[1]). So besteht derselbe noch jetzt für dieses neueste Papiergeld in so durchgreifender Weise, daß der Staat selbst diejenigen Staatsschulden, welche schon durch ihre übliche Benennung die Anwendung jedes anderen Geldes, als des Metallgeldes, auszuschließen scheinen (die métalliques), und in deren Schuldbriefen ausdrücklich Konvenzionsmünze versprochen wird, in Papiergeld nach dem Nennwerth verzinset, zum großen Nachtheil seiner Glaubiger.

Mit den hier erwähnten Gesetzen, die auf eigenmächtige Weise in das Geldwesen eingreifen, dürfen nicht verwechselt werden manche Gesetze, die in der That eine ganz andere Bedeutung haben. So bestimmt das Preußische Landrecht, daß die in Verträgen vorkommenden Geldsummen in gangbarem Silber-Courant verstanden werden sollen (f). Dieses Gesetz enthält eine bloße Auslegung der Verträge, keine den Willen bindende Vorschrift, welches am Vollständigsten daraus erhellt, daß daneben abweichende Verträge zulässig und wirksam sind (g). — Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit manchen Gesetzen über den veränderten Münzfuß, wovon weiter unten die Rede seyn wird (Note m).

(e[1]) K. Franz Gesetze v. 1812 bis 1817 Wien 1819 S. 359. Noback S. 1402. 1477. 1879.

(f) A. L. R. I. 11 § 779, I. 5 § 258, I. 16 § 76.

(g) A. L. R. I. 11 § 778, I. 12 § 450. 451, I. 5 § 257, I. 16 § 74.

4. Durch die eben ausgesprochene und näher erläuterte Anerkennung der den Zwangscours vorschreibenden Gesetze, hat nun die hier vorliegende Frage, ob der Nennwerth als wahrer Inhalt einer Geldschuld anzusehen ist, eine bestimmtere und zugleich beschränktere Bedeutung erhalten. Die Frage geht nämlich zunächst dahin, ob dem Gesetzgeber zu rathen ist, daß er den Nennwerth so behandle, wie es durch die Vorschrift des Zwangscourses geschieht. Daran schließt sich dann die zweite, praktisch viel wichtigere Frage: ob, in Ermangelung eines den Zwangscours vorschreibenden Gesetzes, nach der bloßen Natur des Geldes, der Nennwerth als wahrer Inhalt einer Geldschuld zu behandeln ist. Geschähe Dieses durch den Richter, so wäre der letzte praktische Erfolg völlig derselbe, wie unter Voraussetzung eines gesetzlichen Zwangscourses.

Beide Fragen nun müssen entschieden verneint werden, weil der Nennwerth nicht den wahren Inhalt einer Geldschuld bildet. Der vollständige Beweis dieser Behauptung kann allerdings erst unten, bei der Betrachtung des Courswerthes, geführt werden. Allein auch schon hier müssen zwei wichtige Gründe geltend gemacht werden, die es sehr bedenklich machen würden, den Nennwerth als Inhalt der Geldschulden zu behandeln, insbesondere also ihn als Zwangscours gesetzlich vorzuschreiben.

Erstlich ist das Ansehen und die Gewalt des Münzherrn und des Gesetzgebers auf den eigenen Staat beschränkt. Was also von ihm, im Widerspruch mit der

Meinung, etwa durchgeſetzt werden möchte, würde über die Gränzen hinaus keinen Einfluß haben, alſo den gegenſeitigen Verkehr zwiſchen dem eigenen Lande und fremden Ländern hemmen und verwirren, zum größten Nachtheil beider Theile.

Was nun aber zweitens die Einwirkung des Zwangscourſes auf das Inland betrifft, ſo könnte man denſelben durch die Betrachtung rechtfertigen wollen, daß Alle ohne Ausnahme Geld bedürfen und gebrauchen, ſo daß Alle von jenem künſtlichen, gewaltſamen Zuſtand des Geldweſens gleichmäßig betroffen werden, wodurch ſich die Nachtheile deſſelben für jeden Einzelnen auszugleichen ſcheinen. Allein dieſe Annahme würde auf einer bloßen Täuſchung beruhen. Denn in der That iſt ſelbſt im eigenen Lande die Macht des Geſetzgebers in Geldſachen ſehr beſchränkt, indem die allermeiſten Lebensverhältniſſe ſich derſelben unvermeidlich entziehen werden. Geſetzt alſo, es würde einem neu eingeführten Papiergeld der doppelte Werth beigelegt von dem, welchen die öffentliche Meinung dafür anerkennt, ſo würde Das keine andere Folge haben, als daß der Preis aller Waaren, ſo wie auch des Arbeitslohns, auf das Doppelte des bisherigen Preiſes ſteigen würde, ſo daß der Eigenthümer eines Scheffels Getreide, der denſelben vorher für Einen Thaler verkaufte, jetzt dafür in jenem Papiergeld Zwei Thaler fordern würde. Dieſes iſt nicht zu verhindern, weil ja jener Eigenthümer das Recht hat, dem Käufer, der ſich darin nicht fügen

will, den Verkauf ganz zu verweigern (h). Es bleibt dann ein einziges Rechtsverhältniß übrig, worin der Gesetzgeber seinen Willen wirklich durchsetzen kann, die Rückzahlung der früher entstandenen Schulden. Denn da der Glaubiger dafür die Hülfe des Richters bedarf, der Richter aber, wie oben gezeigt wurde, den Zwangscours anerkennen muß, so muß sich nun der Glaubiger, der früher eine Forderung von Hundert Thalern erwarb, gefallen lassen, daß ihm Hundert Thaler des neuen Papiergeldes gezahlt werden, wofür er nur noch halb so viel Getreide kaufen kann, als er hätte kaufen können, wenn die Schuld vor Einführung dieses Papiergeldes abgetragen worden wäre. Gerade der Umstand nun, daß jenes Gesetz so einseitig wirkt und drückt, nämlich nur auf die Abzahlung älterer Geldschulden, während es alle übrigen Lebensverhältnisse unberührt läßt und lassen muß, gerade dieser Umstand läßt über die Härte und Ungerechtigkeit eines solchen Gesetzes keinen Zweifel übrig.

Zu dieser Betrachtung aber tritt noch eine ganz andere hinzu. Indem der Staat ein im Course sinkendes Papiergeld durch sein zwingendes Gesetz zu heben sucht, hat er gar nicht die Absicht, Eine Classe der Unterthanen auf

(h) Allerdings wurde in der wildesten Zeit der Französischen Revolution der Versuch gemacht, auch hierauf den Zwang auszudehnen, indem wenigstens für Lebensmittel ein höchster Preis (le maximum) unter schweren Strafen vorgeschrieben wurde. Allein zu einer durchgreifenden Ausführung konnte es damit nicht gebracht werden.

Kosten der anderen zu bereichern (von welcher unvermeidlichen, aber ungerechten Folge so eben die Rede war), sondern vielmehr die ganz andere Absicht, einen Theil seiner eigenen Ausgaben an Zinsen, Gehalten und Pensionen durch Abzüge zu decken. Der auf diesem Wege von Seiten des Staats gemachte Gewinn hat die Natur einer Einkommensteuer, und scheint durch das Recht der Besteuerung gerechtfertigt. Allein erstlich hat der Staat gegen die ausländischen Staatsglaubiger gar kein Recht der Besteuerung, und zweitens ist es auch im Inland ungerecht, eine Einkommensteuer einseitig auf die Kapitalisten, Beamten und Pensionäre zu legen, so daß die übrigen Classen davon nicht betroffen werden.

Ganz besondere Rücksicht endlich verdient noch die moralische Wirkung eines solchen Gesetzes, mit welchem eine allgemeine Erschütterung des Rechtsgefühls unzertrennlich verbunden ist.

Die enge Gränze, die hier der natürlichen und zweckmäßigen Einwirkung des Gesetzgebers auf den Geldwerth gesetzt worden ist, darf nicht übertragen werden auf die hin und wieder vorkommenden Gesetze, wodurch irgend eine einheimische Geldart völlig verrufen oder außer Cours gesetzt wird. Ein solches Gesetz hat die unbedingte Folge, daß die verrufene Geldart nicht mehr die Natur des Geldes hat, folglich nicht mehr als Zahlungsmittel von einem Schuldner benutzt werden darf, indem der Münzherr dieser Geldart die ihr bisher verliehene Autorität entzieht, sie also in

die Lage verſetzt, wie wenn ſie gar nicht von ihm ausgegangen wäre. Auch wird ein ſolcher Ausſpruch nicht leicht ohne dringende Gründe erfolgen. Allerdings kann derſelbe für die gegenwärtigen Eigenthümer einer ſolchen Geldart großen Nachtheil bringen, und es wird daher ſtets billige Rückſicht dabei zu beobachten ſeyn, insbeſondere wird der Staat nach Umſtänden das Opfer bringen müſſen, das Geld nach dem Nennwerth einzuwechſeln, um es dann einſchmelzen zu können. Aber für das Verhältniß der Einzelnen unter einander hat das verrufene Geld durchaus aufgehört, Geld zu ſeyn (i).

B. Metallwerth.

Daß auch der Metallwerth des Geldes nicht als wahrer Inhalt einer Geldſchuld betrachtet werden darf, kann erſt bei dem Courswerth vollſtändig bewieſen werden. Allein auch ſchon hier müſſen folgende Bedenken gegen den Metallwerth als Grundlage der Rechtsregeln geltend gemacht werden.

Als wichtige Thatſache kann nicht bezweifelt werden, daß neben dem Metallgeld auch Papiergeld in der That vorhanden iſt, und zwar in ungeheurem Umfang. Da nun auf dieſes der von dem Metallwerth hergenommene Grundſatz über den Inhalt der Geldſchulden ganz gewiß nicht anwendbar iſt, ſo zeigt ſich eben dadurch dieſer

(i) Ein Fall dieſer Art kommt vor in *L.* 102 *pr. de solut.* (46. 3). Vgl. über dieſe Stelle Averanius interpret. Lib. 3 C. 13. — Ferner werden die reprobi numi erwähnt in *L.* 24 § 1 *de pign. act.* (13. 7).

Grundſatz als einſeitig und unzureichend für den gegenwärtigen Zuſtand unſeres geſammten Geldweſens. Es folgt hieraus das Bedürfniß, einen Grundſatz aufzuſuchen von ſo allgemeiner Natur, daß er auf jede Art des Geldes gleichmäßig angewendet werden könne. — Man möge auch nicht glauben, der hier bemerkten Schwierigkeit dadurch ausweichen zu können, daß man beide Hauptarten des Geldes als zwei von einander unabhängige Gebiete behandelte, deren jedes nach eigenthümlichen Regeln zu beurtheilen wäre. Denn ein beſonders häufiger und wichtiger Fall beſteht gerade darin, daß eine Metallſchuld in Papiergeld getilgt werden ſoll, oder umgekehrt. Dieſer Fall kann augenſcheinlich nur entſchieden werden durch eine gemeinſame Regel, welche das Metallgeld und das Papiergeld gleichmäßig beherrſcht.

Ein anderes Bedenken gegen die Erhebung des Metallwerthes zur allgemeinen Rechtsregel liegt darin, daß er eigentlich nur anwendbar iſt auf das Darlehen, nicht auf alle Obligationen überhaupt. Bei dem Darlehen kann man mit einigem Schein ſagen, der Schuldner müſſe daſſelbe Gewicht an Gold oder an Silber, welches er durch das Darlehen empfangen hatte, wieder zurück geben. Bei anderen Obligationen, wie etwa bei dem Kauf, iſt Nichts vorhanden, woran man die Behauptung des Metallwerthes als Verpflichtung des Käufers anknüpfen könnte, wenn nicht etwa die Zahlung einer gewiſſen Zahl von Stücken in einer beſtimmten Münzſorte verſprochen worden

iſt. In einem ſolchen Fall aber iſt es überhaupt nicht mehr eine reine Geldſchuld, ſondern es kommt eine ganz andere Regel zur Anwendung (§ 43).

Es iſt aber zu bemerken, daß die Folgen des Irrthums, der daraus entſtehen kann, daß man den Inhalt einer Geldſchuld nach dem Metallwerth abmißt, für die Anwendung in ziemlich enge Gränzen eingeſchloſſen ſind, anſtatt daß ein ähnlicher Irrthum, wenn man nach dem Nennwerth abmißt, möglicherweiſe gar keine Gränzen in ſeinen Folgen hat. Daher iſt jener erſte Irrthum ungleich weniger gefährlich, als dieſer letzte.

C. Courswerth.

Das allgemeine Weſen des Geldes wurde oben darin geſetzt (§ 40), daß es ſeinem Eigenthümer eine Macht verleiht, die ſich auf alle verſchiedenen Beſtandtheile des Vermögens erſtreckt, und dieſe Macht wird begründet durch die allgemeine Anerkennung. Von dieſer Anerkennung hängt es aber ab, nicht nur, daß Etwas Geld ſey, welches außerdem gar nicht Geld ſeyn würde, ſondern auch, in welchem Grade es Geld ſey, alſo wie hoch der ihm beizulegende Werth ſich belaufe. Gerade Dieſes nun iſt die oben erklärte Natur des Courswerthes (§ 41). Und ſo iſt alſo der Courswerth, als wahrer Maßſtab für den Inhalt einer Geldſchuld, eine unmittelbare Folge aus der allgemeinen Natur des Geldes.

Damit iſt denn auch die Annahme, ſowohl des Nennwerthes, als des Metallwerthes, zur Grundlage für den Inhalt einer Geldſchuld, vollſtändig widerlegt, und es iſt

zugleich einleuchtend, daß die Annahme des Courswerthes keinem der eigenthümlichen Bedenken unterliegt, welche oben gegen den Nennwerth und den Metallwerth aufgestellt worden sind. — Insbesondere ist die Beurtheilung einer Geldschuld nach dem Courswerthe völlig gleich anwendbar, es mag nun die Schuld ursprünglich entstanden seyn durch ein Darlehen in einheimischem oder in ausländischem Gelde.

Die aufgestellte Regel bedarf nur noch einer näheren Bestimmung für den Fall, daß der Courswerth örtlich verschieden seyn möchte, indem nun hinzuzufügen ist, nach welchem Orte der Cours abgemessen werden soll. Ist die Obligation durch empfangenes Geld entstanden, wie bei dem Darlehen (also re), so ist in der Regel der Ort des Empfanges entscheidend, weil an diesem Ort der Empfänger den Grad von Vermögensmacht erhielt, den das empfangene Geld zu gewähren fähig ist (k). Ist sie durch den bloßen Willen der Parteien entstanden, wie bei einem Kaufvertrag

(k) Wenn der Schuldner das empfangene Geld an einen entfernten Ort mit sich nimmt, und dort an dem Course verliert, so ist das die Folge seines willkürlichen Entschlusses, und dem eingegangenen Rechtsgeschäft fremd. Denn er konnte das Geld an dem Orte des Empfangs in Waaren, oder in anderes, jener örtlichen Verschiedenheit nicht unterworfenes, Geld umsetzen. — Anders wird es freilich seyn in den seltneren Fällen, in welchen der Ort des gegebenen Darlehens auf einem zufälligen und vorübergehenden Aufenthalt beruht, z. B. wenn an einem Badeort zwei entfernt wohnende Landsleute zusammentreffen, und unter diesen ein Darlehen in ihrem vaterländischen Gelde zu Stande kommt, welches in der Heimath verbraucht werden soll.

(consensu), ſo iſt nach den Regeln der Auslegung der Ort zu beſtimmen, an deſſen Cours der ausgeſprochenen Geldſumme die Parteien gedacht haben mögen (l). — Dieſe Frage übrigens wird für die Anwendung in demſelben Grade unbedeutender, je mehr ſich die Courswerthe des Geldes für verſchiedene Orte und Länder ausgleichen (§ 41).

Einige Beiſpiele werden dazu dienen, die hier aufgeſtellten Regeln anſchaulicher zu machen und zur vollſtändigeren Ueberzeugung zu bringen.

Wenn in Oeſterreich ein Darlehen von Hundert Gulden in alten Banknoten zu einer Zeit gegeben wurde, in welcher dieſes Papiergeld dem Silbergeld gleich ſtand, und wenn daſſelbe zurück gezahlt werden ſollte zu einer Zeit, worin die Banknoten (noch ohne geſetzliche Einwirkung) auf den vierten Theil des früheren Werthes geſunken waren, ſo mußte, nach den oben aufgeſtellten Regeln, eine Summe von Vierhundert Gulden in Banknoten zurück gezahlt werden. Denn nur durch dieſe Zahlung verſchaffte der Schuldner dem Glaubiger dieſelbe Vermögensmacht, die er von demſelben urſprünglich empfangen hatte.

Wenn in Preußen ein Darlehen von Vierhundert Thalern in Groſchen (alſo in 9600 Stück Groſchen) zu einer Zeit gegeben wurde, worin dieſe dem Courantgeld

(l) Von dieſer Frage habe ich bereits an einem anderen Ort ausführlich gehandelt. Syſtem B. 8. § 374.

gleich ſtanden (§ 40), und wenn dieſes Darlehen zu einer Zeit zurück gezahlt werden ſollte, in welcher jene Groſchen ihren tiefſten Stand erreicht hatten, ſo mußte der Schuldner entweder Vierhundert Thaler Courant, oder Siebenhundert Thaler in jenen Groſchen zurück geben. Nur dadurch konnte er dem Glaubiger dieſelbe Vermögensmacht zurück verſchaffen, die er von demſelben urſprünglich empfangen hatte, indem er damals mit dem empfangenen Gelde ganz eben ſo viel ausrichten konnte, wie wenn es Vierhundert Thalerſtücke geweſen wären. Es wäre alſo nicht richtig geweſen, wenn er die Regel des Metallwerthes hätte anwenden, und ein gleiches Gewicht an Silber hätte zurück geben wollen, welches er urſprünglich empfing.

Wenn in einem Lande, worin Silberwährung gilt, ein Darlehen in Goldſtücken gegeben wird, ohne beſondere Verabredung über eine Rückzahlung in Gold, ſo muß der Schuldner künftig ſo viel Silber zurück geben, als zur Zeit des Darlehens für die empfangenen Goldſtücke erkauft werden konnte. Das Fallen oder Steigen des Agio in der Zwiſchenzeit bleibt alſo ohne Einfluß, und eine Rückgabe des urſprünglich empfangenen Gewichts an reinem Golde kann weder von der einen Seite verlangt, noch von der anderen Seite angeboten werden.

In allen dieſen Fällen hätten vielleicht die Empfänger den Beweis führen können, daß ſie das geliehene Geld ſogleich vergraben hätten, und daher Daſſelbe, welches ihnen gegeben war, unberührt wieder brächten. Dieſes

würde keinen Unterschied machen, da sie eine so unnatürliche Behandlung des Geldes, welches zum Ausgeben und nicht zum Vergraben bestimmt ist, ganz willkürlich, und auf eigene Gefahr, vorgenommen hätten.

Die gemeinsame Regel für alle diese Fälle geht also, unter Voraussetzung der Silberwährung, dahin, daß durch die Rückzahlung dem Gläubiger so viel an reinem Silber wieder verschafft werden muß, als er dem Schuldner ursprünglich durch das gegebene Darlehen verschafft hatte. — In den Ländern dagegen, worin Goldwährung gilt, muß so viel reines Gold dem Gläubiger verschafft werden, als ursprünglich für das empfangene Darlehen angekauft werden konnte, ohne Unterschied, ob das Darlehen in Gold, oder Silber, oder Papier gegeben worden war.

Eine besondere Betrachtung verdient hier noch die nicht selten vorkommende Veränderung des Münzfußes (§ 40), die stets in dem Uebergang zu einem leichteren Fuß, nie zu einem schwereren, zu bestehen pflegt. Darin liegt eigentlich keine wesentliche Veränderung des Geldwesens, und keine Veranlassung, die oben aufgestellten Regeln zu bezweifeln oder anders zu fassen. Der eigentliche Unterschied besteht nur darin, daß die Ausdrücke: Thaler oder Gulden nunmehr etwas Anderes bedeuten, als vorher, so daß man sich nur vor dem Irrthum zu hüten hat, als könne ein in Hundert älteren Thalern empfangenes Darlehen in Hundert neuen Thalern zurück gezahlt werden. Sieht man dabei lediglich auf die ausgesprochene Anzahl

rung des Münzfußes, so müßte der Schuldner, der Hundert Thaler empfangen hatte, nach dem Uebergang vom 20 zum 21 Guldenfuß (wie 1840 in Sachsen), Hundert und Fünf Thaler zurück zahlen (also die ursprüngliche Summe mit einem Zuschlag von Fünf Prozenten); eben so 49 Gulden für empfangene 48 Gulden nach dem Uebergang vom 24 zum 24½ Guldenfuß im südlichen Deutschland 1838 (§ 40).

Allein es kommt hier noch ein besonderer Umstand in Betracht, durch welchen die eben aufgestellte Regel als nicht ganz ausreichend erscheint. Eine Herabsetzung des Münzfußes wird meist nicht ganz willkürlich vorgenommen, sondern durch die Wahrnehmung veranlaßt, daß sich in das wirklich umlaufende Geld unvermerkt Vieles eingemischt hat, welches geringhaltiger ist, als es nach dem gesetzlich geltenden Münzfuß seyn sollte. Dann muß also der vor dem veränderten Münzfuß durchschnittlich geltende Courswerth des in diesem Lande umlaufenden Geldes berücksichtigt werden, und diese Erwägung wird dahin führen, die Zahl der für ältere Schulden zurück zu zahlenden Thaler oder Gulden etwas geringer anzunehmen, als es nach der eben aufgestellten Regel erwartet werden mußte.

So war es bei den neuesten Veränderungen des Münzfußes in Sachsen. In Sachsen mußte, wie oben angegeben wurde, nach dem veränderten Münzfuß ein Zuschlag von 5 Prozenten für die älteren Schulden erwartet werden. Durch ein Gesetz aber wurde dieser Zuschlag auf

2⅓ Prozente gesetzt (m), mit Rücksicht auf die durchschnittliche Geringhaltigkeit der vorher umlaufenden Valuta. Ein solches Gesetz darf nicht verwechselt werden mit den oben tadelnd erwähnten Gesetzen über den Zwangscours. Es hat vielmehr einen blos vermittelnden tadellosen Charakter. Es setzt die eben aufgestellte Regel voraus, und spricht blos aus, wie hoch nach thatsächlichen Ermittelungen der Courswerth des früher umlaufenden Geldes war, erleichtert also den Einzelnen die Regelung ihrer Geldverhältnisse. Ja es dürfte in Fällen dieser Art, ohne ein solches vermittelndes Gesetz, auf sichere und gleichförmige Entscheidungen der Richter schwerlich zu rechnen seyn. — Im südlichen Deutschland ist, so viel ich weiß, bei der Rückzahlung von Schulden die Veränderung des Münzfußes gar nicht beachtet worden, und mit gutem Grund. Denn diese Veränderung enthielt in der That nur die Anerkennung, daß thatsächlich schon vor derselben, wegen der vorherrschenden schlechten Kronenthaler, der 24½ Guldenfuß eingetreten war. Diese Thatsache wird außer Zweifel gesetzt durch den Umstand, daß seit längerer Zeit das Preußische Geld in den Gegenden, worin der Kronenthaler vorherrschend war, weit über seinen Nennwerth allgemein ausgebracht wurde.

(m) Hoffmann Zeichen der Zeit S. 15—17.

Ich kehre jetzt zurück zu einer Bemerkung, die schon im Anfang dieses Paragraphen, der Untersuchung über die Rechtsregeln zum Grunde gelegt worden ist. Wir haben es hier überhaupt zu thun mit einer Auslegung der Rechtsgeschäfte, also mit der Erforschung des wahren, thatsächlichen Willens der Betheiligten.

Ich behaupte nun, daß gerade dieses Verfahren dahin führt, die hier aufgestellten Rechtsregeln als richtig anzuerkennen. Und zwar ist diese Behauptung nach zwei an sich verschiedenen Seiten hin als richtig anzuerkennen.

Sie geht zuerst dahin, daß es dem wahren Willen der Parteien gemäß ist, bei Beurtheilung ihrer auf Geld gerichteten Obligationen die Regel des Courswerthes eintreten zu lassen, nicht die des Metallwerthes, noch weniger die des Nennwerthes. Zwar werden sich die Wenigsten, bei Abschluß eines Geldgeschäfts, diese Gegensätze vollständig klar machen. Wenn man sie ihnen aber zum Bewußtseyn bringt, und ihnen die Consequenzen derselben darlegt, werden sie sich fast immer für den Courswerth entscheiden. — Indessen ist es möglich, daß in einzelnen, seltneren Fällen eine abweichende Absicht von den Parteien gehegt wird. Dann bleibt es ihnen unbenommen, diese Absicht in einem besonderen Vertrage niederzulegen, der dann gewiß gelten muß (§ 43).

Zweitens aber geht meine Behauptung auch dahin, daß der Courswerth nach dem wahren Willen der Parteien so bestimmt werden muß, wie es oben geschehen ist, indem

als unabänderlicher Maßstab der Vergleichung der Werth des edlen Metalles (also des Silbers, wo Silberwährung gilt) zum Grunde zu legen ist, nicht irgend ein anderer Werth, z. B. des Getreides oder der Arbeit (§ 41).

Daß der thatsächliche Wille der Parteien so aufzufassen ist, muß ich aus zwei Gründen für unzweifelhaft halten.

Zunächst deswegen, weil bei einem Geldgeschäft Jeder gewiß an Geld, und nur an Geld, und dessen Grundlage, das edle Metall, denkt.

Dann aber auch aus dem Grunde, weil bei der Eingehung von Geldgeschäften stets an eine Abwickelung in so mäßigen Zeiträumen gedacht werden wird, in welchen von einem merklichen Schwanken in den Preisen der edlen Metalle kaum die Rede seyn kann.

Betrachten wir zum Schluß noch die rein praktischen Folgen der hier aufgestellten Rechtsregeln, so werden wir in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle keinen Anlaß zu irgend einem Bedenken finden. Ich will jedoch die seltenen Fälle namhaft machen, in welchen solche Bedenken etwa erhoben werden möchten.

Es kommt zuweilen, wenn auch selten, vor, daß ein Darlehen erst nach einem sehr langen Zeitraum (etwa nach Jahrhunderten) abgetragen werden soll. In dieser langen Zeit können allerdings merkliche Schwankungen in den Preisen der edlen Metalle eingetreten seyn, so daß vielleicht der Gläubiger jetzt eine geringere Vermögensmacht zurück

erhält, als urſprünglich dem Schuldner durch das Darlehen gewährt worden war. Allein dieſe Veränderung iſt gewiß nur ſehr allmälig eingetreten, und bei einiger Aufmerkſamkeit auf die Entwickelung der Geldverhältniſſe hätte der Gläubiger die Schuld kündigen und den Verluſt abwenden können. Da er es nicht that, hat er ſich ihm alſo freiwillig unterworfen.

Eine ähnliche Folge tritt ein bei ewigen Geldrenten, wenn dieſelben in ſehr alter Zeit gegründet worden ſind. Ja es fällt hier ſogar die Möglichkeit der Kündigung meiſt weg, wodurch der Verluſt hätte abgewendet werden können. Daher iſt dieſer Verluſt als unabwendliches Unglück zu tragen, und er beweiſt nur die Gefährlichkeit, die in der allgemeinen Natur dieſes Rechtsgeſchäfts liegt.

§. 43.

IV. Gegenſtand der Obligation. Beſtimmte, unbeſtimmte Leiſtungen. — Geld. Rechtsregeln (Fortſetzung).

Die aufgeſtellten Rechtsregeln (§ 42) ſetzen reine Geldſchulden voraus, alſo Schulden, deren Gegenſtand das Geld als ſolches iſt.

Neben denſelben ſtehen manche Fälle, in welchen zwar auch von Geld die Rede iſt, aber in irgend einer anderen Beziehung, wodurch jene Regeln bald ganz unanwendbar werden, bald gewiſſen Umbildungen unterliegen.

Zunächst kann das Geld in Betracht kommen so, wie jedes andere Stück des Eigenthums, also ohne Rücksicht auf seine besondere Eigenschaft als Quantität. So kann es vorkommen als Gegenstand mancher Verträge (wie Commodat und Depositum), oder der Vindication, der Usucapion, des Diebstahls. Die meisten dieser Beziehungen aber sind nur vollständig durchzuführen, wenn dem Gelde, durch willkürliche Verbindung mit anderen Sachen, die individuelle Erkennbarkeit verschafft wird, die ihm als bloßem Gelde fehlt, wie etwa durch versiegelte Rollen oder Beutel. Die Eigenschaft des Geldes, mit Anwendung der oben aufgestellten Regeln, tritt in solchen Fällen erst dann wieder hervor, wenn von der Entschädigung für die nicht mehr vorhandene Sache die Rede ist.

Noch weiter entfernt von der bisher vorausgesetzten Natur des Geldes ist der Fall, in welchem Geldstücke als Waare behandelt werden. Dieses geschieht bei der Einsammlung von Münzen für wissenschaftliche Sammlungen, bei dem Ankauf von ausländischem oder verrufenem Geld zum Einschmelzen u. s. w.

Die aufgestellten Rechtsregeln gehören nicht zu den absoluten, sondern zu den vermittelnden, es bleibt also den Parteien überlassen, Verabredungen zu treffen, die außer jenen Regeln liegen, oder auch denselben widersprechen.

So ist es unbedenklich, daß bei einem in Papiergeld gegebenen Darlehen die Rückzahlung verabredet werde in einer gleichen Zahl von Thalern oder Gulden desselben

Papiergeldes, ohne Rückſicht auf den gleichen oder verſchiedenen Courswerth, welcher nach der oben aufgeſtellten Regel entſcheidend ſeyn müßte. In einem ſolchen Vertrag liegt eine Speculation auf das Steigen oder Fallen des Courſes, welche gleich anderen gewagten Geſchäften zuläſſig iſt.

Es läßt ſich ferner denken ein Darlehen in Hundert Gulden eines Papiergeldes, deſſen Courswerth nur die Hälfte von dem Courswerth des gleichnamigen Metallgeldes beträgt, mit dem Verſprechen, Hundert Gulden Metallgeld zurück zu zahlen. Dieſer Vertrag iſt ganz gleichartig mit einem Darlehen von Fünfzig Gulden Metallgeld, für welches eine Rückzahlung von Hundert Gulden verſprochen wird. Die überſchießenden Fünfzig Gulden können in keinem Fall als eine Darlehensſchuld betrachtet werden (a), es liegt darin in der That ein Zinſenverſprechen, und zwar in dem vorliegenden Fall ein höchſt wucherliches, mit allen Folgen eines ſolchen.

Beſonders häufig ſind die Rechtsgeſchäfte, in welchen nicht eine Geldſumme überhaupt, mit der gewöhnlichen Bezeichnung nach Thalern oder Gulden, als Gegenſtand der Schuld bezeichnet wird, ſondern vielmehr eine beſtimmte Geldſorte, z. B. Hundert Thaler in Thalerſtücken. Hier kommt es zunächſt auf die Auslegung des Vertrages an, alſo auf die wahre Abſicht der Parteien. Oft hat eine

(a) *L.* 17 *pr. de pactis* (2. 14), *L.* 11 § 1 *de reb. cred.* (12. 1).

ſolche Beſtimmung blos den Zweck, den Münzfuß zu bezeichnen, oder geringhaltige oder unſichere Geldarten (wie etwa Papiergeld) auszuſchließen. Wenn aber in der That gerade dieſe, beſonders bezeichnete, Geldſorte gemeint iſt, ſo iſt der Schuldner ſchlechthin auf dieſe verpflichtet. Dabei können aber noch folgende Fälle vorkommen, die einer näheren Beſtimmung bedürfen.

Es können mehrere Geldſorten deſſelben Namens vorhanden ſeyn. So, wenn das Verſprechen auf Hundert Stück Dukaten gerichtet iſt, können ſowohl Oeſterreichiſche, als Holländiſche Dukaten gemeint ſeyn. Wenn nun an dieſem Ort oder in dieſer Gegend Eine Sorte von Dukaten ausſchließend oder überwiegend üblich iſt, ſo iſt der Vertrag von dieſer zu verſtehen. Sind beide gleich üblich, ſo iſt die Schuld als eine generiſche anzuſehen (§ 39); der Schuldner hat dann die Wahl zwiſchen beiden Sorten, kann alſo auch die geringere wählen (b).

Dahin gehört denn auch der in den Thaler-Ländern ſehr häufige Fall, daß eine beſtimmte Summe von Thalern verſprochen wird, mit dem Zuſatz „in Golde.“ Das hat ſtets den Sinn, daß in Piſtolen, das Stück zu Fünf Thalern gerechnet, gezahlt werden ſoll, ſo daß „Tauſend Thaler in Gold“ ſo viel heißt, als: „Zweihundert Stück Piſtolen.“ Da es nun aber mehrere Sorten von Piſtolen

(b) *L.* 34, *L.* 114 *de R. J.* (50. 17).

giebt (§ 40), ſo wird die Auswahl unter dieſen nach der ſo eben aufgeſtellten Regel vorzunehmen ſeyn (Note b). In den Ländern, worin Piſtolen geprägt werden, wird man ſtets die einheimiſche Piſtole anzunehmen haben, ſo z. B. in Preußen den Friedrichsdor (c). — In dieſen Fällen nun würde es ganz unrichtig ſeyn, den Courswerth des Goldes (gegen Silber) zu berückſichtigen; denn es lag ohne Zweifel in der Abſicht der Parteien, die ihren Vertrag auf Gold geſtellt haben, daß der ſteigende oder fallende Werth des Goldes (das Aufgeld gegen Silber) dem einen oder anderen Theil zum Vortheil gereichen ſollte.

Iſt nun aber die in dem Rechtsgeſchäft ausgedrückte Geldſorte aus dem Verkehr verſchwunden, alſo nicht mehr zu verſchaffen, ſo bleibt Nichts übrig, als den Courswerth anzunehmen, welchen jene Sorte zur Zeit des Rechtsgeſchäfts gehabt hat. Iſt dieſer Courswerth, wegen der Länge der Zeit, nicht mehr zu ermitteln, ſo muß der Metallwerth der verſchwundenen Geldſorte zum Grunde gelegt werden, da dieſer gewiß von dem alten Courswerth wenig oder gar nicht abweichen wird (§ 42). — Leyſer erzählt hierüber folgenden, etwas abentheuerlichen, Fall. Zur Zeit von K. Carl V. wurde eine ſehr alte Schuldverſchreibung eingeklagt, die auf 20,000 Schlickenthaler geſtellt war. Solche Thaler aber waren nicht mehr zu

(c) Allg. L. R. I. 11 § 781.

finden, konnten auch nicht mehr neu entstehen, weil die Grafen von Schlick ihr Münzrecht an die Krone Böhmen übertragen hatten. Der hart bedrängte Schuldner wandte sich an den Kaiser, welcher die Sache dadurch zum Austrag brachte, daß er den Grafen von Schlick erlaubte, ihr Münzrecht noch einmal auszuüben, um dadurch jene 20,000 Thaler entstehen zu lassen (d). — Von anderen Schriftstellern wird dieser Fall wohl mit Grund für erdichtet gehalten, weil die Grafen von Schlick erst 1518 zu münzen anfingen, so daß unter der Regierung von K. Carl V. weder von einem Verschwinden der Schlickenthaler, noch von sehr alten Schuldverschreibungen in dieser Münzsorte, die Rede seyn konnte.

(d) Leyser Sp. 529 med. 21. Er selbst entscheidet die Rechtsfrage richtig, und beruft sich dabei ganz passend auf *L.* 71 § 3 *de leg.* 1 (30. un.). — Ich bin geneigt, Dasselbe anzunehmen, nicht nur, wenn eine Geldsorte völlig verschwunden, sondern auch, wenn sie so selten geworden ist, daß sie nur mit sehr großem Verlust eingewechselt werden kann, wie Dieses in manchen Gegenden mit den Speciesthalern eintreten wird, die in älteren Verträgen häufig versprochen worden sind. Denn es lag gewiß nicht in der Absicht der Parteien, daß aus einem so zufälligen, zur Zeit des Vertrages nicht vorherzusehenden, Umstande ein ganz unverhältnißmäßiger Gewinn für den Gläubiger entstehen sollte. Auch dafür sprechen die Worte der *L.* 71 *cit.* „vel immensum pretium ejus rei petere adfirmet.“

§. 44.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Aussprüche der Römer.

Die Untersuchung über die das Geld betreffenden Rechtsregeln ist bisher aus dem Standpunkt der allgemeinen Natur des Geldes geführt worden, ohne Rücksicht auf die Quellen unseres gemeinen Rechts. Es bleibt noch übrig, zu untersuchen, ob etwa das Römische Recht abweichende Regeln aufstellt.

Von dieser Seite müssen wir schon voraus sehr geringe Erwartungen hegen, ja die völlige Unmöglichkeit aussprechen, auf diesem Wege befriedigende und erschöpfende Regeln zu finden. Denn den Römern fehlten nicht nur die sehr mannichfaltigen Erfahrungen vieler Völker, die uns von Jahrhunderten her zu Gebote stehen, sondern es waren ihnen auch zwei der wichtigsten Elemente unseres Geldwesens völlig unbekannt: das Papiergeld, und der ausgebreitete Weltverkehr, durch welchen der Courswerth allererst seine bestimmte und wichtige Bedeutung erhält.

Dennoch bleibt Das, welches wir finden, noch unter dieser geringen Erwartung, indem es eigentlich gar Nichts ist. Denn die Beweise, die manche Schriftsteller für ihre Meinung aus Stellen des Römischen Rechts zu führen gesucht haben, beruhen auf der Art willkürlicher Aus-

legung, welche Das, welches ſie beweiſen will, ſelbſt erſt in den Text hinein trägt.

Ich will die Stellen, die man für unſere Frage benutzt hat, der Reihe nach angeben.

I. *L.* 99 *de solut.* (46. 3) *Creditorem* non esse cogendum *in aliam formam* numos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit (a).

Die Florentina lieſt: Debitorem, und nach dieſer, von Vielen vertheidigten Leſeart, würde die Stelle auch nicht einmal ſcheinbar zu unſerer Frage gehören. Der Sinn wäre dann der, daß, bei einem verabredeten Darlehen, der Schuldner kein anderes, als das ihm zugeſagte, Geld mit Schaden anzunehmen genöthigt werden könne. Dieſer Sinn iſt aber juriſtiſch unmöglich, da er vorausſetzt, daß der Schuldner das zugeſagte Geld, oder auch anderes Geld ohne Schaden, annehmen müſſe. Dieſes iſt jedoch ganz unrichtig, da der Schuldner die Annahme überhaupt verweigern kann, blos weil er ſeinen Sinn ändert, oder ſein Bedürfniß auf andere Weiſe befriedigt; welches auch ſchon daraus folgt, daß er in jedem Fall gleich nach der Annahme kündigen und zurück zahlen könnte, ganz mit demſelben Erfolge, wie wenn er gar nicht angenommen hätte (b).

(a) Vgl. Vangerow S. 32, und die daſelbſt angeführten Schriftſteller.

(b) *L.* 30 *de reb. cred.* (12. 1), *L.* 4 *quae res pign.* (20. 3), *L.* 9 § 1, *L.* 11 *pr. qui pot.* (20. 4).

Daher iſt denn die Leſeart: Creditorem, die ſich in der Vulgata und bei Haloander findet, entſchieden vorzuziehen, nun bezieht ſich die Stelle auf die Rückzahlung, und nun ſoll ſie (angeblich) unſere Rechtsfrage dahin beantworten, daß der Glaubiger kein ſchlechteres Geld anzunehmen braucht, als das, welches er urſprünglich hingab. In der That aber ſind die Ausdrücke der Stelle ſo unbeſtimmt, daß ſie ſelbſt dieſes Wenige nicht ſagen. Denn was heißt: aliam *formam*? Es könnte ſeyn eine verſchiedene Art des Metalles (Gold oder Silber) (c), oder auch ein veränderter Gehalt, etwa bei neuem Münzfuß. Ferner, was heißt: *aliam* formam? Bezieht ſich die vorausgeſetzte *eadem* forma auf das urſprünglich empfangene Geld (alſo auf ein Darlehen), oder auf eine verſprochene beſtimmte Münzſorte? Hier iſt Alles ungewiß, und das Einzige, welches wir mit großer Wahrſcheinlichkeit aus der Stelle abnehmen können, iſt Dieſes: Paulus wollte nicht, daß dem Glaubiger etwas Unbilliges zugemuthet werde. Mit dieſem Satze können wir uns denn nur einverſtanden erklären.

II. *L.* 1 *de contr. emt.* (18. 1) .. electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum *aequalitate quantitatis* subveniret.

Man ſollte kaum glauben, daß dieſe Stelle eine Ent-

(c) So verſteht die Stelle Cujacius in L. 59 de V. O. (Comm. in tit. D. de V. O.).

ſcheidung unſerer Rechtsfrage enthielte. Auch wird ſie dazu nur dadurch fähig gemacht, daß man das Wort quantitas von dem durch den Münzherrn ausgeſprochenen Nennwerth erklärt (d). Man braucht dann nur einen kleinen Schritt weiter zu gehen, um in der Stelle den dem Nennwerth beigelegten Zwangscours zu verſtehen; dann giebt in der That die Stelle eine Antwort auf unſere Rechtsfrage, nur dürfen wir nicht vergeſſen, daß dieſe Antwort nicht von Paulus herrührt, ſondern daß wir ſie in die Stelle hinein tragen. Denn die ſehr paſſende Erklärung, die Paulus wirklich von dem Weſen des Geldes giebt, iſt auch da anwendbar, wo wir den Richter nicht an den Nennwerth gebunden glauben.

III. *L.* 1 *C. de vet. numism. pot.* (11. 10) (e). Solidos veterum principum veneratione formatos, ita tradi ac suscipi ab ementibus et distrahentibus jubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, modo ut debiti ponderis sint et speciei probae: scituris universis, qui aliter fecerint, haud leviter in se vindicandum.

Dieſes Geſetz enthält allerdings einen Zwangscours, ſogar mit einer Strafdrohung verbunden, die in neuerer

(d) Mees de vi mutatae monetae p. 39—42.

(e) Die Stelle iſt von den Kaiſern Valentinian und Valens. — Wichtige Parallelſtellen zu derſelben: Paulus V. 25 § 1, *L. un. C. Th. si quis sol.* (9. 22), mit dem Commentar des J. Gothofredus, endlich *Nov. Valent.* Tit. 14 ed. Haenel (Theod. 25 ed. Rittersh.)

Zeit für ähnliche Fälle meist nicht vorkommt. Allein es enthält keineswegs das allgemeine Princip des Zwangscourses zur Unterstützung jedes Nennwerthes, insbesondere zur Hebung eines neu eingeführten schlechten Geldes, sondern eine Vorschrift für einen ganz einzelnen Fall, der in dieser Art bei uns niemals vorkommen wird. Es setzt voraus, daß Manche die von früheren Kaisern herrührenden, obgleich vollwichtigen, Goldstücke aus Eigensinn oder Vorurtheil nicht annehmen wollten; diese Annahme will es unter Strafe erzwingen. Daß es keine andere Absicht hat, namentlich keine finanzielle, ergiebt die billige Ausnahme für nicht vollwichtige Münzen, also die Rücksicht auf abgenutzte oder beschnittene Stücke. Darin liegt die Anerkennung des Metallwerthes, der in Fällen solcher Art mit dem Courswerth meist zusammen fallen wird.

IV. *L.* 2. *C. de vet. numism. pot.* (11. 10) (f). Pro imminutione, quae in aestimatione solidi forte tractatur, omnium quoque pretia *specierum* decrescere oportet.

Es ist unglaublich, welche völlig willkürliche und gezwungene Erklärungen an dieser Stelle versucht worden sind. Entscheidend ist hier die Bedeutung des Ausdrucks: species.

Species heißt nun unter anderen eine Quantität außer

(f) Von denselben Kaisern, wie die vorhergehende Stelle, und zwar aus dem J. 367. J. Gothofredi chronologia p. LXXX.

[redacted]

Allein species hat noch eine andere Bedeutung, es bezeichnet auch die Geldſorten (i). Nun erhält das Geſetz folgenden einfachen und natürlichen Inhalt. Wenn eine leichtere Ausmünzung des Solidus verfügt wird, ſo ſoll dieſelbe Verminderung auch auf die übrigen Geldſorten angewendet werden; ſie ſoll alſo ſtets verſtanden werden als eine allgemeine Veränderung des Geldes überhaupt, durch alle Sorten hindurch, ſo daß deren gegenſeitiges Verhältniß zu einander unverändert bleibt (k). — So verſtanden, enthält das Geſetz die Erklärung, daß die geſetzliche Verminderung des solidus ſtets als eine allgemeine Herabſetzung des Münzfußes angeſehen und zur Ausführung gebracht werden ſoll; es iſt alſo zunächſt eine Anweiſung für die Münzbeamten, und hat mit unſerer Rechtsfrage gar keine Verbindung.

Man könnte nun noch verſuchen, ſich auf die Praxis der freien Republik zu berufen, da im Anfang des ſechsten Jahrhunderts in nicht langer Zeit der Münzfuß des Bronze-Geldes auf $\frac{1}{6}$, $\frac{1}{12}$, $\frac{1}{24}$ ſeines früheren Werthes herabgeſetzt wurde (l), ſo daß die älteren Schulden im Nennwerth des neuen leichteren Geldes (alſo mit Zwangscours deſſelben) abgetragen werden konnten. Wer aber in dieſem, allerdings

(i) *L.* 78 § 1 *de her. inst.* (28. 5) „numis Titio legatis, *numorum specie* non demonstrata."

(k) Vgl. Hotomani quaest. ill. Qu. 15 in f. — Theilweiſe ſtimmt damit überein auch Bynkershoek observ. II. 22.

(l) Plinius hist. nat. XXXIII. 13.

ſehr willkürlichen, Verfahren den Ausdruck einer Rechtsregel erblicken wollte, der müßte auch in den novae tabulae, welche ſpäterhin vorkommen, eine Rechtsregel zu entdecken verſuchen; dieſe aber dürfte ſchwer zu formuliren ſeyn.

Noch mehr Belehrung, als in den hier angeführten Stellen, finden wir in einer Stelle des canoniſchen Rechts, die zwar auch keinen allgemeinen Grundſatz ausſpricht, aber doch in einem einzelnen Rechtsfall richtige Grundſätze zur Anwendung bringt (m). Eine ältere Abgabe betrug 3 denarii papienses, welche damals gleich ſtanden mit 9 denarii lucenses. In der Folge aber war der denarius lucensis geſunken auf $\frac{3}{5}$ oder $\frac{3}{6}$ ſeines früheren Werthes (wahrſcheinlich in Folge eines veränderten Münzfußes). Der Pabſt entſcheidet dahin, daß der Schuldner künftig zu entrichten habe entweder 3 denarii papienses (deren Werth ſich nicht verändert hatte), oder eine Anzahl von denarii lucenses, gerechnet nach ihrem gegenwärtigen Werth (alſo in verhältnißmäßig größerer Stückzahl).

(m) *C.* 20 *X. de cens.* (3. 39). Vgl. damit das weniger beſtimmt lautende *C.* 26 *X. eod.*

§. 45.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Schriftsteller.

Ich will nunmehr Rechenschaft geben von der Stellung unserer Schriftsteller zu den hier behandelten Fragen (a). Diese sind größtentheils nach den schon oben dargestellten drei Werthen des Geldes zu ordnen; dabei sind jedoch Einige abzusondern, deren Meinung entweder völlig unklar, oder doch schwankend und unentschieden ist.

I. Vertheidiger des Nennwerthes als Grundlage der Geldschuld. Die praktische Bedeutung dieser Meinung ist die, daß der Richter von selbst jede Geldschuld so zu beurtheilen hat, wie er es thun müßte, wenn der Nennwerth durch ein Gesetz über den Zwangscours des Geldes unterstützt wäre.

Dahin gehören fast alle älteren Schriftsteller, namentlich Cujacius in den schon oben angeführten Stellen (§ 44. h).

Von späteren Schriftstellern sind folgende dahin zu rechnen:

Branchu observ. decas 2 C. 14. Er tröstet sich über das Bedenken der Unbilligkeit durch den Gedanken,

(a) Viele Schriftsteller werden angeführt bei Glück Pandekten B. 12 § 783, und bei Hufeland S. 38.

daß der Fürſt, von dem die Münze ausgehe, allen Schaden zu verantworten habe.

Voetius Lib. 12 C. 1 Num. 24. Er macht nur eine Ausnahme für den Fall, daß der Vertrag die Verpflichtung auf eine gewiſſe Zahl von Münzen einer beſtimmten Sorte ſtelle.

Averanii Interpretat. Lib. 3 C. 11. 12.

Pfeiffer praktiſche Ausführungen B. 1 Num. VII. § 4. 6. 8. Er verneint ausdrücklich die Annahme des Metallwerthes und des Courswerthes.

Vangerow S. 33.

Man kann zu dieſer Claſſe auch Pothier und Merlin rechnen, von welchen unten (§ 47) bei dem Franzöſiſchen Recht die Rede ſeyn wird, indem dieſelben ihre Lehre auf das gemeine Recht gründen.

II. Vertheidiger des Metallwerthes.

Die Lehre derſelben iſt beſonders aufzufaſſen als entſchiedener Widerſpruch gegen die Annahme des Nennwerthes, in welchem Widerſpruch man ihnen nur beiſtimmen kann. Die Anerkennung des Courswerthes ſcheint bei ihnen (namentlich bei Puchta) beſonders verhindert zu werden durch folgende Verwechſelung. Eine beſtimmte Geldart kann ein wandelbares Verhältniß haben zu dem Preiſe der Waaren, und Dieſes darf allerdings nicht berückſichtigt werden bei der Beurtheilung einer Geldſchuld (§ 41), weil der wechſelnde Preis jeder Waare ganz eigenthümlichen und zufälligen Schickſalen unterworfen iſt.

Dieselbe Geldart hat aber auch ein (möglicherweise wandelbares) Verhältniß zum Preise des reinen Silbers; in diesem ganz anderen Verhältniß besteht der Courswerth jeder Geldart, und dieser bildet die wahre Grundlage für die Beurtheilung der Geldschulden.

In jedem Fall aber hat diese Meinung nur eine mögliche Anwendung auf die Schulden in Metallgeld, und es ist noch besonders zu tadeln, wenn die Vertheidiger derselben das Papiergeld ganz mit Stillschweigen übergehen, wofür sie doch auch irgend eine Regel aufstellen müßten, selbst wenn ihre Regel über die Behandlung des Metallgeldes die richtige wäre.

Es gehören dahin folgende Schriftsteller:

Seger opuscula Num. IV., doch mit einiger Einlenkung auf den Courswerth (p. 177—180).

Gianrinaldo Carli diss. 8, Opere T. 7 Milano 1785. 8. p. 272. 364.

Puchta Pandekten 1ste Ausg. (1838) § 203, 4te Ausg. § 38, und Vorlesungen § 38. Zu den oben im Allgemeinen gemachten Ausstellungen gegen seine Behandlung kommt noch die, daß er zu einseitig auf die bloße Veränderung des Münzfußes Rücksicht nimmt, da doch Dieses weder die einzige, noch auch nur die wichtigste Veränderung ist, die in dem Geldwesen eintreten kann.

III. Vertheidiger des Courswerthes.

Betrachtungen über das Recht bei der Bezahlung in

veränderten Münzen Braunschweig und Hildesheim 1764. 4. § 47. 66. 68. (von einem ungenannten Verfasser).

J. G. Dietze Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Fragen: wie ist eine Geldschuld abzutragen? u. s. w. Frankfurt a. M. 1791. 8. (besonders § 32. 36—38. 54—57. 168—172. 239. 240).

Koch Forderungen B. 1 § 6—8, vgl. dessen Lehrbuch § 456—458.

G. Hufeland über die rechtliche Natur der Geldschulden, neu herausgegeben von A. Hufeland, Stadtgerichtsrath. Berlin 1851. (Die erste Ausgabe, unter dem Titel: Rechtliches Gutachten über die Entscheidung der durch die Herabwürdigung der Bankozettel in Tyrol entstandenen Rechtsstreitigkeiten 1807, war gar nicht in den Buchhandel gekommen.) Unter allen Schriften über diesen Gegenstand ist mir keine bekannt, welche die rechtliche Natur der Geldschulden so klar und überzeugend darlegte, als diese. Daher hat der Sohn des würdigen Verfassers auf meine Bitte sich entschlossen, diese neue Ausgabe zu besorgen.

W. C. Mees de vi mutatae monetae in solutionem pecuniae debitae. Roterodami 1838. 8. — Zuerst hat es den Schein, als wolle der Verfasser dieser sehr lehrreichen Schrift den Metallwerth als Grundlage annehmen (Cap. 4). In der That aber behauptet er diesen nur für den Fall eines geordneten, normalen Geldwesens. In diesem Fall nun wird Metallwerth und Courswerth gleich stehen,

ja es wird überhaupt kein Rechtsstreit vorkommen. Dagegen für den Fall eines gestörten Geldwesens (in conturbata moneta), welcher allein einen Rechtsstreit herbei führen kann, und eine Regel zur Entscheidung erforderlich macht, behauptet er klar und entschieden, daß der Courswerth als Grundlage der Entscheidung gelten müsse (Cap. 5 p. 35).

IV. Folgende Schriftsteller endlich erklären sich so unbestimmt und schwankend, daß sie keiner der aufgestellten Classen mit Sicherheit zugerechnet werden können.

Stryk Lib. 12 Tit. 1 § 12.

Müller ad Struv. Lib. 12 Tit. 1 § 29—33.

Cocceji Lib. 46 Tit. 3 qu. 5. Zuerst nimmt er bestimmt den Nennwerth als Grundlage an, dann aber fügt er eine Ausnahme hinzu für den Fall, daß der Glaubiger ein abweichendes Interesse habe. Außer diesem Fall ist nun freilich eine richterliche Entscheidung überhaupt nicht nöthig.

Glück Pandekten B. 12 § 783.

Mühlenbruch § 375. Er schließt sich zuerst an Pfeiffer an, vertheidigt also den Nennwerth, lenkt aber dann auf den Courswerth ein.

Unterholzner B. 1 § 113—115.

Für Den, welcher die hier aufgestellte Lehre als die richtige anerkennen möchte, kann es auffallend scheinen, daß die große Mehrzahl der Schriftsteller ganz andere Wege eingeschlagen hat, und diese Erscheinung bedarf wohl einer besonderen Erklärung, wenn nicht einiger Zweifel an der Richtigkeit jener Lehre selbst übrig bleiben soll. Ich suche die Ursache jener Erscheinung weniger in einer Grundverschiedenheit der Rechtsansichten, als in dem Umstand, daß die meisten Schriftsteller es unterlassen haben, sich von dem Gegenstand der aufzustellenden Rechtsregeln an sich, also von der nichtjuristischen Seite des Geldwesens, eine lebendige und zusammenhängende Anschauung zu verschaffen. Durch diese Ueberzeugung mag es gerechtfertigt werden, wenn ich jene Seite des Gegenstandes in der Einleitung zu dieser Lehre ausführlicher behandelt habe, als es Manchen für ein rein juristisches Werk passend scheinen möchte.

§. 46.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Preußisches Recht.

Das Preußische Recht giebt über das Geld Bestimmungen von ganz verschiedener Art. Das allgemeine Landrecht enthält allgemeine Grundsätze über die Behandlung der Geldschulden, sucht also auf seine Weise dieselbe

Aufgabe zu lösen, deren Lösung so eben, von einem allgemeineren Standpunkte aus, versucht worden ist. Daneben aber stehen einige neuere Gesetze über einzelne Arten des Geldes, bei welchen es besonders darauf ankommen wird, zu untersuchen, in wiefern sie mit jenen Grundsätzen übereinstimmen oder nicht.

Um nun die in dem Landrecht enthaltenen Grundsätze recht zu verstehen, ist es nöthig, sich den Zustand zu vergegenwärtigen, in welchem sich bei der Einführung des Landrechts (1794) das Geldwesen unseres Landes befand, und den also die Verfasser des Landrechts vor Augen hatten. Der eigentliche Geldverkehr beruhte auf dem Silbercourant im Vierzehenthalerfuß, welches seit langer Zeit in dreierlei Stücken (Thalern, $\frac{1}{3}$ und $\frac{1}{6}$ Thalern) redlich ausgemünzt worden war, und überall volle Anerkennung fand. Daneben stand auf der einen Seite eine sehr gangbare Goldmünze, der Friedrichsdor von Fünf Thalern Nennwerth (ganze, halbe und doppelte), auf der anderen Seite Scheidemünze, theils in Billon, theils in Kupfer. Papiergeld gab es noch gar nicht. — So war also im Ganzen der Zustand des Geldwesens befriedigend zu nennen. Streitigkeiten kamen im Großen nicht vor, und die Gesetzgebung konnte sich in einer Art von theoretischem Charakter halten, da sich kein Bedürfniß gezeigt hatte, großen praktischen Schwierigkeiten und Mißbräuchen entgegen zu treten.

Die einzige schwache Seite unseres Geldwesens lag in der Scheidemünze; nicht sowohl, weil ihr Silbergehalt unter dem Nennwerth stand, als weil sie in ganz übermäßigem Umfang ausgeprägt war, weit über das Bedürfniß einer wahren Scheidemünze hinaus, so daß sie im inneren Verkehr großentheils als Courantgeld, selbst zu größeren Zahlungen, gebraucht wurde (§ 40). Indessen war dieser, allerdings fehlerhafte, Zustand noch nicht als wirkliches Uebel fühlbar geworden, indem diese Geldart im Verkehr nach ihrem Nennwerth unbedenklich angenommen wurde. Daher findet sich auch im Landrecht keine Bestimmung, wodurch für die Zukunft den möglichen Folgen jenes Fehlers hätte vorgebeugt werden mögen.

Die Vorschriften des Landrechts sind zunächst auf das Darlehen gerichtet (a); es ist aber anderwärts bestimmt, daß dieselben auch auf andere Arten von Geldschulden angewendet werden sollen (b). Das Landrecht enthält folgende Bestimmungen für den Fall, daß sich in der Zwischenzeit, zwischen der gegründeten Obligation und der

(a) Sie finden sich im eilften Titel des ersten Theils des Landrechts. Eine dieser Vorschriften sagt, jedes Darlehen müsse zurückgezahlt werden in derselben Münzsorte, worin es empfangen war. l. 11 § 778. Hier ist unter den verschiedenen Münzsorten nur der Unterschied der Metalle gemeint, so daß ein in Gold gegebenes Darlehen nicht in Silber, ein in Silber gegebenes nicht in Billon (in Scheidemünze) sollte zurück gezahlt werden. Verschiedene Stücke des Courantgeldes (Thaler, $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{6}$) sind hier gewiß nicht als verschiedene Münzsorten gemeint.

(b) L. R. I. 16 § 82.

Rückzahlung, Veränderungen im Geldweſen ereignen möchten. Die Veränderungen können eintreten:

I. Im Courswerth.

Dieſer ſoll ausnahmsweiſe beachtet werden in folgenden ſeltneren und vergleichungsweiſe minder erheblichen Fällen: wenn die Verpflichtung auf ausländiſches Geld gerichtet iſt, oder auf Geld, das außer Cours geſetzt, oder das gar nicht mehr zu haben iſt (c). Außer dieſen Fällen, alſo in der Regel, ſoll der Courswerth gar nicht beachtet werden (d).

Dieſe Vorſchrift muß grundſätzlich getadelt werden, da gerade die entgegengeſetzte Regel der Natur des Geldes angemeſſen iſt (§ 42). Man kann aber mit großer Sicherheit behaupten, daß den Verfaſſern des Geſetzes keiner der Fälle vorſchwebte, für welche die wahre Regel von Wichtigkeit iſt, und daß ſie daher auch nicht die Abſicht hatten, dieſe Regel auszuſchließen, obgleich die Worte des Geſetzes allerdings auch darauf gehen. Sie dachten ohne Zweifel an mehr untergeordnete Fälle: etwa an den oft wechſelnden Cours des Goldes gegen Silber; ferner an die kleinen, vorübergehenden Schwankungen des Courſes zwiſchen gleich guten Geldarten, wie ſie ſich bei den Geldwechslern zeigen, wenn zufälligerweiſe die eine Geldart an manchen Orten mehr begehrt wird, und ſeltener vorkommt.

(c) L. R. I. 11 § 785. 786 — 788. 789 — 791.
(d) L. R. I. 11 § 792.

Die wichtigen Anwendungen des Courswerthes zu beachten (man mochte ſie nun zulaſſen oder verwerfen wollen), war bis dahin ein praktiſches Bedürfniß nicht hervorgetreten. Allerdings hätte man die Möglichkeit einer ſolchen Anwendung wohl vorherſehen können, wenn man bedacht hätte, daß die übertriebene Menge der umlaufenden geringhaltigen Scheidemünze leicht zu einem Sinken des Courſes derſelben im Großen führen könnte; und in der That iſt ja dieſer Erfolg nach wenigen Jahren eingetreten, freilich durch Mitwirkung des allerdings nicht vorherzuſehenden unglücklichen Krieges.

II. Im Metallwerth.

Dieſer iſt nur beachtet worden für den einzigen Fall, der an ſich am wenigſten Schwierigkeit macht, wenn nämlich der Münzfuß im Ganzen geändert wird. Hier ſoll jede früher entſtandene Schuld gezahlt werden in der gleichnamigen Geldart, aber die Zahl der Geldſtücke ſoll vermehrt werden im Verhältniß des alten und neuen Münzfußes (e). Dagegen iſt nicht erwähnt der Fall, wenn, mit Beibehaltung des Münzfußes im Ganzen, blos eine einzelne Münzſorte in anderem Metallgehalt, als bisher, ausgeprägt werden möchte.

III. Im Nennwerth.

Auf dieſen Fall bezieht ſich die wichtigſte Beſtimmung, deren Sinn in hohem Grade ſtreitig geworden iſt. Unmit-

(e) L. R. I. 11 § 787.

telbar vorher geht die ſchon oben angeführte Beſtimmung (Note c), daß, wenn die Münzſorte, worauf die Obligation gerichtet war, außer Cours geſetzt worden iſt, die Tilgung in einer anderen Münzſorte geſchehen ſoll, aber mit Berückſichtigung des Unterſchieds zwiſchen dem Courswerth der alten Münze zur Zeit des Contracts, und der neuen Münze zur Zeit der Tilgung (f). Hieran ſchließt ſich nun unſere Stelle in folgenden Worten (g):

> Iſt die Münzſorte, in welcher die Valuta gegeben worden, nicht außer Cours, ſondern nur in ihrem äußern Werthe, ohne Veränderung des innern Gehalts, von dem Landesherrn heruntergeſetzt worden, ſo muß dennoch die Rückzahlung in eben derſelben Münzſorte geleiſtet und angenommen werden.

Buchſtäblich iſt hier blos geſagt, in welcher Münzſorte die Rückzahlung erfolgen ſoll, nicht, in wie viel Stücken von Münzen dieſer Sorte. Daher haben mehrere Schriftſteller die Stelle ſo ausgelegt, als wolle ſie blos über die Art des Geldes verfügen (etwa nach dem Unterſchied von Gold, Silber, Billon, vgl. Note a), laſſe aber daneben zu und ſetze voraus, die Stückzahl müſſe dieſelbe oder eine andere ſeyn, je nachdem der Cours dieſer Münzſorte in beiden Zeitpunkten gleich oder ungleich gefunden

(f) L. R. I. 11 § 788. 789.
(g) L. R. I. 11 § 790.

werde (h). Nach dieſer Auslegung würde die Stelle für das Geld mit herabgeſetztem Nennwerth völlig Daſſelbe vorſchreiben, welches unmittelbar vorher für das außer Cours geſetzte Geld unſtreitig vorgeſchrieben wird; ſie würde ferner einen Sinn haben, der mit den oben dargeſtellten allgemeinen Regeln völlig übereinſtimmte.

Ich halte aber dieſe Auslegung für unrichtig, und glaube, daß durch dieſe dem Geſetz ein an ſich richtiger, ihm ſelbſt aber fremder, Sinn aufgezwungen wird. Der wahre Sinn des Geſetzes iſt vielmehr dieſer: die Rückzahlung ſoll in derſelben Münzſorte und in derſelben Stückzahl, welche urſprünglich gegeben war, erfolgen, ohne Rückſicht auf den veränderten Nennwerth, und ohne Vergütung der Differenz, die vielleicht zwiſchen dem Courſe beider Zeitpunkte eingetreten ſeyn möchte. Wenn alſo ein Darlehen in Hundert Thalerſtücken gegeben war, und nachher das Thalerſtück (ohne neue Ausmünzung) auf zwei Drittheile eines Thalers vom Landesherrn heruntergeſetzt worden iſt, ſo müſſen, nach dem § 790, Hundert Thalerſtücke zurückgezahlt werden, ohne Rückſicht auf den Cours, der allerdings (nach § 788. 789) zu berückſichtigen ſeyn würde, wenn in der Zwiſchenzeit das

(h) Abhandlung eines Ungenannten in Mathis juriſtiſcher Monatsſchrift B. 7 S. 24—44 (beſonders S. 41). — Koch Lehrbuch § 457 Note 3. 4, in welcher letzten Stelle der § 790 mit einem ſpäteren Geſetz unrichtig identificirt wird. — Die richtige Anſicht hat Bornemann Preuß. Recht B. 3 S. 167 (2te Aufl.).

Thalerstück ganz außer Cours gesetzt wäre. — Meine Gründe für diese Auslegung sind folgende.

Erstlich würde das Gesetz, nach der Auslegung der Gegner, völlig leer und nichtssagend seyn. Denn wenn dem Glaubiger (wie Jene wollen) die Differenz des Courses wahrhaft vergütet wird, so ist für ihn die Münzsorte, die er erhält, völlig gleichgültig; er kann sich Silber für Gold, ja selbst Billon, gefallen lassen, da die wahre Vergütung des Courses dahin führt, daß er genau so viel Geld erhält, als nöthig ist, um irgend eine ihm beliebige Münzsorte einzuwechseln, und darin den Courswerth wieder zu erhalten, den er ursprünglich durch das Darlehen dem Schuldner verschafft hat.

Zweitens müßte, nach der Auslegung der Gegner, für das Geld mit herabgesetztem Nennwerth dieselbe Regel gelten, wie bei dem (unmittelbar vorher erwähnten) außer Cours gesetzten Geld. Dann aber wäre es viel einfacher gewesen, ausdrücklich zu sagen, daß hier Dasselbe gelten solle, und da Dieses nicht geschehen ist, muß man annehmen, daß der Gesetzgeber vielmehr hier etwas Anderes gelten lassen wollte. — Doch dieser Grund würde an sich wenig beweisen, da er blos den Ausdruck betrifft, der auch ganz zufällig so oder anders gefaßt seyn könnte. Er wird aber sehr wichtig, wenn man das Landrecht mit dem früheren Entwurf des Gesetzbuchs vergleicht. Der Entwurf nimmt ganz denselben Gang, wie das Landrecht. Er bestimmt zuerst für das außer Cours gesetzte Geld, so wie

das Landrecht, daß die Rückzahlung nach berechneter Cours-Differenz geſchehen müſſe (i). Darauf verfügt er über den Fall des herabgeſetzten Nennwerthes in folgenden Worten (k):

> Ein gleiches findet ſtatt, wenn die Münzſorte, in welcher die Valuta beſtanden hat, zwar nicht außer Cours, aber doch vom Landesherrn, in Anſehung ihres äußern Werthes, herunter geſetzt worden.

Durch die Vergleichung dieſer Stelle mit unſerer Stelle des Landrechts, die denſelben Fall behandelt, gewinnt der oben aufgeſtellte Grund ein großes Gewicht. Es wird daraus klar, daß man im Landrecht nicht Daſſelbe gelten laſſen wollte (ſo wie es der Entwurf vorgeſchlagen hatte), ſondern vielmehr gerade das Gegentheil.

Doch wenn man nach dieſen Gründen über den wirklichen Sinn des § 790 noch zweifeln könnte, ſo würde jeder Zweifel beſeitigt werden durch folgende Geſchichte der Entſtehung jenes Paragraphen (l).

Gegen den oben abgedruckten § 595 des Entwurfs erhob Goßler den Einwurf, der äußere Werth ſey gleich-

(i) Entwurf eines Geſetzbuchs Th. 2 Tit. 8 § 594. Dieſe Stelle entſpricht, großentheils wörtlich, durchaus aber dem Sinne nach, dem L. R. I. 11 § 788. 789.

(k) Entwurf II. 8. § 595. Behandelt denſelben Fall, wie L. R. I. 11 § 790, aber mit entgegengeſetzter Entſcheidung.

(l) Handſchriftliche Materialien Vol. 80 (Reviſion der monitorum) fol. 247.

gültig und bloßer Schein, Schrot und Korn (d. h. der Metallwerth) verdiene allein Rücksicht. Diesem Einwurf trat Suarez bei in folgenden Worten, worin er den § 595 bestreitet.

> Dies scheint mir ungerecht und unbillig. Da (nach einer vorher beispielsweise erwähnten Voraussetzung) nicht der innere Gehalt des Graumannschen Geldes, sondern nur sein äußerer Werth verändert (z. B. dasselbe auf 90 Prozent herabgesetzt) worden, so sind 100 Thaler Graumannsches Geld heute noch eben so viel werth, als vor 10 Jahren, und man muß annehmen, daß damit noch eben so viel auszurichten sey, als damals. Denn der äußere Werth, welchen der Landesherr einer Münzsorte beilegt, hat auf die pretia rerum keinen wesentlichen Einfluß. Wenn der Landesherr heute sagt, der Friedrichsdor soll nur 2½ Thaler gelten, so werde ich für einen Friedrichsdor doch immer ohngefähr eben so viel Waare bekommen, als vorher.

Nach dieser Ansicht, aus welcher der § 790 unmittelbar hervorgegangen ist, kann es wohl keinen Zweifel haben, daß, wie ich es oben angenommen habe, die Herabsetzung des Nennwerthes ganz ohne Einfluß bleiben sollte, woraus folgt, daß, nach dem Sinn dieses Gesetzes, nicht blos die Münzsorte, sondern auch die Stückzahl, ganz dieselbe seyn sollte, die Rückzahlung mochte vor oder nach der

Herabsetzung des Nennwerthes erfolgen (m). Ja es ist unzweifelhaft, daß, nach dem Sinn des Gesetzes, Dasselbe behauptet werden müßte, auch wenn der Landesherr den Nennwerth nicht herunter gesetzt, sondern erhöht hätte: ein Fall, der nur deswegen nicht erwähnt zu seyn scheint, weil er nicht vorzukommen pflegt.

Ich habe versucht, die Bestimmungen des Landrechts über die Behandlung der Geldschulden zusammen zu stellen, und manche einzelne Einwendungen gegen dieselben hinzugefügt. Es muß aber nun noch bemerkt werden, daß der wichtigste Fehler in der stillschweigenden Voraussetzung bestand, als ob die Veränderungen im Nennwerth, Metallwerth, Courswerth stets einzeln für sich vorkämen, und daß man deswegen versäumte, den häufigsten und wichtigsten Fall zu beachten, in welchem jene Veränderungen mehrerer Werthe in Verbindung eintreten (Note m).

In Veranlassung dieses Tadels könnte man nun aber die Frage aufwerfen, ob es denn verlangt werden könne, daß der Gesetzgeber, bei der Abfassung eines Gesetzbuches, die Fälle hervorhebe, in welchen das Münzwesen des

(m) Zwei Irrthümer liegen bei dem Ausspruch von Suarez zum Grunde. Erstlich ein Mißverständniß über den Courswerth, der hier als das Verhältniß einer Münzsorte zu dem (sehr schwankenden) Waarenpreise gedacht wird, anstatt zu dem Werthe des reinen Silbers. Zweitens, daß hier vorausgesetzt wird, die Veränderung des Nennwerthes könne nur für sich allein eintreten, anstatt daß fast immer die Veränderung des einen Werthes mit der Veränderung des anderen (Nennwerth, Metallwerth, Courswerth) in Verbindung stehen wird. Der zweite Irrthum kann als Folge des ersten angesehen werden.

genen Landes auf fehlerhafte Weise behandelt worden sey, der künftig behandelt werden möchte; oder auch den Fall, in welchem ein großes Kriegsunglück alle Verhältnisse in Verwirrung bringen könnte. Denn gerade von diesen Fällen ist oben gezeigt worden, daß sie in dem Geldwesen große Störung hervorbringen, und zu Streit und Zweifel Veranlassung geben, der außerdem gar nicht zu entstehen pflegt. — Niemand wird solche Bestimmungen eines Gesetzbuches verlangen; dagegen soll dasselbe auch keine Bestimmungen in sich aufnehmen, die in solchen beklagenswerthen Fällen ungerechte Folgen mit sich führen können. Der Gesetzgeber soll also entweder gar Nichts über die Geldschulden bestimmen, und Alles dem Ermessen des Richters überlassen, vielleicht auch in einzelnen Fällen durch Specialgesetze nachhelfen, oder er soll sich auf die Aufstellung der allgemeinsten, unbedenklichsten Grundsätze beschränken, wohin namentlich die Anerkennung des Courswerthes als Grundlage der Entscheidung über Geldschulden gehört, in welcher Gestalt man übrigens diese Anerkennung aussprechen möge, um sie nicht allzu abstract erscheinen zu lassen.

Das hier ausgesprochene Urtheil über die landrechtlichen Bestimmungen hat eine Bestätigung erhalten in dem ersten wichtigen und bedenklichen Fall, welcher nicht lange nach der Einführung des Landrechts eintrat; die Groschen, welche als Scheidemünze dienen sollten, aber in ganz unverhältnißmäßiger Menge geprägt waren, hatten sich,

während ruhiger Zeiten, unerwartet lange im gleichem Werthe mit dem Courantgelde erhalten, und waren im inneren Handel auch bei Zahlung größerer Geldſummen, gleich dem Courantgeld angewendet worden. Nach dem Kriegsunglück von 1806 ſanken ſie immer mehr, die Regierung war genöthigt, ſie erſt auf ⅔, dann auf ½, ihres Nennwerthes herabzuſetzen, und zuletzt ganz einzuwechſeln und einzuſchmelzen (§ 40). In der Zwiſchenzeit entſtand die Frage, wie die Schulden getilgt werden ſollten, die vor der Herabſetzung, durch Darlehen in ſolchen Groſchen entſtanden waren. Da ſich nun mit dieſen Groſchen nur eine Veränderung im Nennwerth, nicht im inneren Gehalt, ereignet hatte, ſo hätte, nach dem wahren Sinn des § 790, die Rückzahlung in gleicher Stückzahl von Groſchen, wie ſie bei dem Darlehen gegeben war, erfolgen müſſen. Hier war aber doch die Unbilligkeit allzu einleuchtend. Daher wurde jetzt verordnet, ein in älterer Zeit gegebenes Darlehen von 24 Stück Groſchen ſollte jetzt in 36 Stück derſelben Groſchen zurück gezahlt werden. Wäre aber das Darlehen in der Zwiſchenzeit, bei ſchon etwas ſinkendem Courſe der Groſchen, gegeben worden, ſo ſollte auch der zur Zeit des Darlehens herrſchende Cours berückſichtigt werden (n).

In dieſem Geſetze nun war der richtige Grundſatz zur

(n) Deklaration des Allg. L. R. Th. 1 Tit. 11 § 790. 791. und Tit. 16 § 74, vom 27. Sept. 1808, Neue Geſetzſammlung B. 12 Berlin 1822, S. 441. — Vgl. die Tabellen bei Mathis B. 7 S. 87. 187. 181, die ſich auf die Anwendung jenes Geſetzes beziehen.

Anwendung gekommen. Allerdings wurde daſſelbe als Declaration des § 790 bezeichnet. Durch dieſen Ausdruck muß man ſich nicht täuſchen laſſen, als ob der § 790 wirklich denſelben Sinn gehabt hätte. Es war vielmehr eine Aufhebung deſſelben mit rückwirkender Kraft gemeint. Die Bezeichnung als Declaration des § 790, wodurch das neue Geſetz mit dieſer Stelle des Landrechts zu Einem Ganzen verſchmolzen wurde, hatte eine doppelte Bedeutung. Es wurde dadurch die rückwirkende Kraft außer Zweifel geſetzt und gerechtfertigt; zugleich aber folgte daraus, daß der hier aufgeſtellte Grundſatz nicht blos in dem vorliegenden einzelnen Fall zur Anwendung kommen ſollte, ſondern auch in allen künftigen Fällen von ähnlicher Natur. Die Entſcheidung dieſes einzelnen Falles wurde dadurch zu einem Beſtandtheil unſerer allgemeinen, bleibenden Geſetzgebung erhoben. Man kann daher behaupten, daß in dieſer ſogenannten Declaration die grundſätzliche Anerkennung des Courswerthes enthalten iſt, deren Anwendung auf die in Zukunft entſtehenden Fragen jeder Art von nun an als die Aufgabe des Richteramtes zu betrachten iſt.

Einige Jahre nachher wurden die Groſchen auf $\frac{1}{3}$ des Nennwerthes herabgeſetzt, und nun zugleich in dieſem Werthe mit Zwangscours verſehen (o). Dieſer Zwangscours war jedoch ganz unſchädlich, indem zugleich die öffentlichen Caſſen ſie in dieſem Werthe einwechſelten, ſo

(o) Edikt vom 13. Dec. 1811, Geſetzſamml. 1811 S. 373.

daß dieſe Geldart nach nicht langer Zeit völlig vernichtet wurde.

Durch dieſen ganzen Hergang entſtanden allerdings für viele Einzelne bedeutende Verluſte, und es trifft die Regierung der Vorwurf, durch die übermäßige Ausprägung von Scheidemünze dazu mitgewirkt zu haben. Indeſſen vermindert ſich dieſer Vorwurf durch die Erwägung, daß die Ausmünzung der Groſchen zu $\frac{2}{3}$ des Nennwerthes ſtets bekannt war, und daß Niemand genöthigt wurde, die Scheidemünze anders, als in ſehr geringen Summen in Zahlung anzunehmen (§ 40. q). Wer ſich hieran hielt, konnte keinen bedeutenden Verluſt erleiden.

Die bisher dargeſtellte Preußiſche Geſetzgebung betraf nur das Metallgeld. Von dem Papiergeld zu reden, hatte das Landrecht keine Veranlaſſung, da ſolches damals weder vorhanden war, noch in Ausſicht ſtand.

Dagegen gab es auch ſchon damals Geldpapiere verſchiedener Art, wie Pfandbriefe, Actien zu induſtriellen Unternehmungen u. ſ. w. Dieſe haben mit dem Gelde manche Aehnlichkeit. Sie lauten auf beſtimmte Geldſummen, ſie ſind meiſt auch auf jeden Inhaber gerichtet, ſie ſind, gleich dem Gelde, einem Courſe, und einem

wechselnden Course, unterworfen (p). Daher sind sie auch von Manchen mit dem Gelde verwechselt und für Geld gehalten worden (q). Dieses ist aber irrig, da sie eine ganz andere Natur und Bestimmung haben, als das Geld. Sie sind gar nicht bestimmt, als Werthmesser zu dienen, noch als allgemeine Träger einer nach allen Seiten hin wirkenden Vermögensmacht (§ 40). Sie sind dazu bestimmt, auf der einen Seite Geldsummen für bestimmte Zwecke zusammen zu bringen, auf der anderen Seite, als zinstragende Kapitalanlagen zu dienen.

Das Landrecht behandelt die Geldpapiere sehr richtig als reine Quantitäten, etwa dem Getreide zu vergleichen. Ein in Geldpapieren gegebenes Darlehen muß in gleich vielen Stücken derselben Art zurück gegeben werden, ohne Rücksicht auf den verschiedenen Cours beider Zeitpunkte; auf den Cours soll nur gesehen werden,

(p) Sogar ist bei diesen Papieren viel allgemeiner, als bei dem Gelde, von einem Course die Rede. In einem gesunden Zustande des Geldwesens wird von einem Course des Metallgeldes oder des Papiergeldes gar nicht gesprochen, weil beide Geldarten stets Pari, also 100 Prozent, stehen. Bei den Geldpapieren dagegen ist das Pari der allerseltenste Fall; sie stehen fast immer höher oder niedriger, als Pari, je nach ihrem Zinsertrag und ihrer Sicherheit.

(q) Manche verneinen für die Geldpapiere den Charakter des Geldes aus einem ganz irrigen Grunde, nämlich weil sie nicht, so wie das Geld, mit einem Zwangscours versehen seyen. Daß aber der Zwangscours nicht zum Wesen des Geldes gehört, ist schon oben (§ 42) gezeigt worden. Von jener irrigen Meinung wird in einem folgenden Bande, bei den auf den Inhaber lautenden Papieren, die Rede seyn.

wenn Papiere dieſer Art verſchwunden ſind (r). Daher liegt in einem ſolchen Darlehen an ſich eine Art von Speculation auf ſteigenden und fallenden Cours, wenn auch im einzelnen Fall die Parteien andere Beweggründe zu dieſem Geſchäft gehabt haben mögen. — Es kann aber auch dieſem Darlehen von den Parteien die andere Bedeutung gegeben werden, daß das dargeliehene Geldpapier als baares, geliehenes Geld (zu irgend einem Courſe) betrachtet werden ſoll; dann iſt das Geſchäft gemiſcht aus Verkauf und Darlehen, und es iſt erlaubt, inſofern darin nicht etwa ein verborgener Wucher enthalten iſt (s).

Eigentliches Papiergeld wurde eingeführt im J. 1806, und zwar mit Zwangscours (t). Dann war die Geſetzgebung hierüber einige Zeit hindurch ſchwankend, indem der Zwangscours durch mancherlei Bedingungen in billiger Weiſe beſchränkt wurde. Im J. 1813 wurde der Zwangscours für immer aufgehoben (u). Dieſe Aufhebung geſchah

(r) L. R. I. 11 § 793—795. Der § 793 ſagt: „oder andere an jeden Inhaber zahlbare Papiere.“ Nach dieſen Worten könnte man das Geſetz auch auf das ſpäterhin eingeführte Papiergeld beziehen wollen; gewiß irrig, da der Geſetzgeber an Dieſes nicht dachte und nicht denken konnte.

(s) L. R. I. 16 § 84. Vgl. oben § 43. a.

(t) Der Name war zuerſt: Treſorſcheine, dann Thalerſcheine, zuletzt Kaſſen-Anweiſungen. — Einführung 4. Febr. 1806. Neue Editionſammlung 1806 S. 39. — Vgl. das ſpätere Geſetz 19. Jan. 1813 (G. S. p. 6).

(u) Geſetz 5. März 1813 (G. S. p. 23). — Später auf die Kaſſen-Anweiſungen einfach angewendet (G. S. 1824 p. 239).

unbedingt und ohne nähere Bestimmungen, so daß in Ansehung des Papiergeldes Alles dem freien Ermessen des Richters überlassen ist, indem das Landrecht, wie oben erwähnt wurde, gar nicht davon spricht. So lange der gegenwärtige normale Zustand besteht, kann hierüber ein Rechtsstreit nicht vorkommen. Sollten einmal minder glückliche Verhältnisse eintreten, so würden, nach meiner Ueberzeugung, die auf Papiergeld gerichteten, oder durch dasselbe entstandenen, Obligationen nach dem Grundsatz des Courswerthes zu beurtheilen seyn.

§. 47.

IV. Gegenstand der Obligation. Bestimmte, unbestimmte Leistungen. — Geld. Französisches Recht.

Im Französischen Recht wird der Nennwerth des Geldes, als ausschließende Grundlage für die Beurtheilung der Geldschulden, in der schroffsten Weise anerkannt, so daß hier ein merkwürdiger Gegensatz gegen die Bestimmungen des Preußischen Landrechts (§ 46) wahrzunehmen ist.

Der Sitz dieser Lehre ist in dem art. 1895 des code civil, welcher so lautet:

> L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique, enoncée au contrat.

S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.

Wäre blos dieſe Stelle vorhanden, ſo könnte man vielleicht noch zweifeln, ob die im zweiten Satz erwähnten veränderten Münzſorten vielleicht in einer den Cours ausgleichenden Stückzahl gezahlt werden müßten. Es iſt merkwürdig, daß bei dieſer Stelle in den ſonſt ſo ausführlichen Discuſſionen des Staatsraths gar Nichts vorkommt, ganz als ob ſich hier Alles von ſelbſt verſtände. — Allein die Schriftſteller laſſen hierüber durchaus keinen Zweifel übrig. —

An der Spitze derſelben ſteht Maleville, deſſen Ausſpruch vorzüglich wichtig iſt, da er unter die Verfaſſer des Code gehörte (a). Er ſagt, wenn ein Darlehen gegeben ſey in pièces de 6 francs, die nachher (ohne neue Ausmünzung) durch ein Edict auf den Nennwerth von 12 francs geſetzt werden, ſo müſſe der Schuldner die Hälfte der empfangenen Stücke dieſes Geldes zurück zahlen. Das möge vielleicht ungerecht ſeyn, aber die raison d'état verlange es alſo.

Damit ſtimmt überein Toullier an zwei Stellen ſeines Werkes (b). Er ſagt: on ne considère dans la

(a) Maleville analyse raisonnée T. 4 p. 39.
(b) Toullier droit civil T. 6 p. 628, T. 7 p. 73.

monnaie que la valeur qui lui est donnée par le prince de chaque état.

Noch deutlicher aber und ausführlicher iſt Merlin (c), bei welchem zunächſt der Sprachgebrauch zu bemerken iſt. Er nennt *valeur* réelle, oder auch intrinsèque, Das, welches ich als Metallwerth bezeichnet habe, *valeur* numéraire den Nennwerth (celle qu'il plait au prince de donner aux pièces de monnaie). — *Monnaie* nominale ou numéraire nennt er die Rechnungsmünze (z. B. livre), *monnaie* réelle die in wirklichen Stücken ausgeprägte Münze (z. B. écu, louis). Hieran knüpft er folgende Regeln. Wenn ein Darlehen gegeben wird in 3000 livres (Rechnungsmünze), die der Schuldner empfängt in 1000 Stück écus, nachher aber der écu vom Landesherrn auf den Nennwerth von 6 livres erhöht wird, ſo hat der Schuldner zu zahlen 500 Stück écus. Das ſey unzweifelhaft, wofür er ſich auf viele Urtheile der Gerichte beruft. — Wenn daſſelbe Darlehen wörtlich ausgedrückt werde in 1000 écus (nicht in 3000 livres), ſo gelte ganz dieſelbe Regel. Ueber dieſen Fall aber ſeyen viele Schriftſteller und Richterſprüche anderer Meinung; nach ihnen ſollen in dieſem zweiten Fall 1000 écus zurückgezahlt werden. Merlin beruft ſich

(c) Merlin répertoire art. *monnaie* § I. IV. T. XI. p. 212—237 ed. Paris 1827. 4., und art. *prêt* § II. T. XIII. (1828) p. 35. Die wichtigſte Stelle iſt p. 228 des Artikels monnaie.

zur Bestätigung seiner Meinung auf eine ordonnance des K. Philipp des Schönen vom J. 1311 (d).

Besonders wichtig ist nun noch der Ausspruch von Merlin (e), daß jeder abweichende Vertrag völlig nichtig sey, namentlich der Vertrag, nach welchem ein in 100 Stück louis gegebenes Darlehen in 100 Stück louis von demselben Schrot und Korn zurück gezahlt werden sollen, ohne Rücksicht auf eine in der Zwischenzeit möglicherweise eintretende Aenderung des Nennwerthes.

Die hier dargestellten Aussprüche der Französischen Gesetzgebung und der Schriftsteller stehen in völligem Widerspruch mit den oben aus der allgemeinen Natur des Geldes abgeleiteten Regeln (§ 42). Darin liegt eine besondere Veranlassung, die Entstehung jener Aussprüche zu untersuchen.

Zunächst müssen wir zusehen, wie es oben bei dem

(d) Die ordonnance ist abgedruckt bei Merlin p. 229. Sie spricht aber gar nicht von einer Aenderung im Nennwerth, sondern sie verbietet wucherliche Contracte, in welchen der Schuldner die Rückzahlung in anderem Werth oder anderer Münzsorte, als worin das Darlehen geschlossen war, verspricht. Dann heißt es: Volumus quod nullus teneatur solvere, nec quis creditor praesumat exigere .. in majori valore quam in valore pecuniae traditae, *quantum videlicet valebat et currebat communiter juxta ordinationes nostras* tempore contractus. Hier ist ja gerade der Courswerth bezeichnet, und an eine Differenz zwischen Courswerth und Nennwerth ist hier eben so wenig gedacht, als an eine Aenderung des Nennwerths.

(e) Merlin art. prêt p. 35. — Mees p. 82. 84 führt neuere Schriftsteller an, die über diesen Punkt anderer Meinung sind, und er selbst glaubt, der Richter könne wohl solche Verträge anerkennen.

Preußischen Recht geschehen ist, welcher wirkliche Zustand des Geldwesens dem Gesetzgeber vor Augen stand. Dieser Zustand war so befriedigend, daß er Nichts zu wünschen übrig ließ, und auch für die Zukunft stand durchaus keine Störung in wahrscheinlicher Aussicht. Ein gleich befriedigender Zustand hatte vor der Revolution seit langer Zeit ununterbrochen bestanden. Daher konnte die oben angegebene gesetzliche Bestimmung, wenn man sie aus theoretischen Gründen für richtig hielt, auch praktisch als unbedenklich, gleichsam als ein unschuldiges Gedankenspiel, erscheinen; aus demselben Grunde konnte man auch jede gesetzliche Vorschrift über diesen Gegenstand für entbehrlich halten.

Nun lag aber in der Mitte zwischen der alten und neuen Zeit die Zeit der Revolution, in welcher, namentlich auch in dem Geldwesen, durch die Assignaten die äußerste Noth entstanden, und die härteste Tyrannei ausgeübt worden war (§ 41. l); die damaligen Gewalthaber konnten denselben Grundsatz für sich geltend machen, welchen jetzt der Code als bleibend für alle Zeiten aufstellte. Wenngleich nun die Regierung, zur Zeit der Abfassung des Code, den festen Entschluß haben mochte, nie ein ähnliches Uebel hervor zu rufen, so war doch in dieser ganz nahe liegenden schrecklichen Erfahrung hinreichende Veranlassung enthalten, den Grundsatz selbst einer wiederholten Prüfung zu unterwerfen, und wenigstens in solcher Weise zu fassen, daß er

nicht ähnlichen Mißbräuchen in künftigen Zeiten zur Beschönigung dienen könnte.

Daß Dieses nicht geschehen ist, erklärt sich wohl geschichtlich auf folgende Weise.

Pothier, der lange vor der Revolution starb (im J. 1772), also an die Assignaten nicht denken konnte, sondern nur einen guten, schon seit längerer Zeit dauernden, Zustand des Geldwesens vor Augen hatte, stellt die oben dargelegten Grundsätze in schroffster Weise auf, obgleich er ausdrücklich anerkennt, daß der Glaubiger dadurch in Schaden kommen könne, indem er für das zurück erhaltene Geld weniger Waaren kaufen werde, als er für das geliehene kaufen konnte. Auch sagt er ausdrücklich, daß alle Verträge von abweichendem Inhalt nichtig seyen (f). Nun genossen Pothier's Schriften zu der Zeit, als der Code abgefaßt wurde, ein unbegränztes Ansehen (g), und

(f) Pothier traité du prêt de consomption P. 1. Chap. 3 Num. 36. 37. „Dans la monnaie on ne considère pas les corps et pièces de monnaie, mais seulement *la valeur que le prince y a attachée.*" Und nachher: „Car le prince *distribuant sa monnaie* aux particuliers pour leur servir de signe de la valeur des choses, *elle n'appartient aux particuliers que sous ce rapport* ... toute convention doit être réjetée *comme contraire au droit public* et à la destination que le prince a faite de la monnaie."

(g) Mehrere der entscheidendsten Stellen von Merlin (Note c) sind ganz wörtlich aus Pothier abgeschrieben. — Man könnte es auffallend finden, daß Merlin, dessen Werk erst seit 1807 erschienen ist, sich so ganz an einen weit älteren Schriftsteller anschließt. Allein das Werk von Merlin selbst ist nur als eine Reihe von neuen Ausgaben des älteren Werks von Guyot zu betrachten, das schon 1777 und 1784 erschienen war, also mit Po-

hieraus erklärt es ſich, daß ſeine Lehre von den Geldſchulden unmittelbar in den Code aufgenommen wurde, obgleich er unter ganz anderen Umſtänden geſchrieben hatte, ſo daß es wenigſtens bezweifelt werden kann, ob er nicht an ſeiner Lehre irre geworden wäre, wenn ihm die Erfahrungen der Revolution zu Gebote geſtanden hätten.

Eine Entſchuldigung (nicht Rechtfertigung) des bei der Abfaſſung des Code eingeſchlagenen Verfahrens liegt aber noch in der folgenden, rein praktiſchen Erwägung. So lange das Geldweſen in gutem Zuſtande iſt, kann aus jener geſetzlichen Beſtimmung kein Uebel entſtehen. Treten aber unglückliche, gewaltſame Zuſtände ein, wie zur Zeit der Revolution, ſo werden die beſten und vorſichtigſten Geſetze keinen Schutz gegen Ungerechtigkeit gewähren; es werden Specialgeſetze mit rückwirkender Kraft gegeben werden, ohne Rückſicht auf die bis dahin geltenden allgemeinen Geſetze (h).

Der Vollſtändigkeit wegen muß noch bemerkt werden, daß das Geſetz, von welchem bisher die Rede war, nur auf eigentliche, reine Geldſchulden geht, ſo daß es nicht anzuwenden iſt auf ein Darlehen in Barren von edlem Metall (i), und eben ſo wenig auf ein Depoſitum an

thier in eine und dieſelbe Periode gehört. Vgl. Camus lettres sur la profession d'avocat ed. 4 par Dupin T. 2 N. 1616.

(h) Dieſe Entſchuldigung für das Geſetz des Code verſucht Mees p. 73—75.

(i) Code civil art. 1896. 1897. Dieſes Darlehen wird mit Recht ſo behandelt, wie jedes andere Darlehen in einer Quantität außer dem Gelde.

Geld, wobei dieſes nicht als Geld, als Quantität, ſondern ſo, wie jedes andere Eigenthum, in Betracht kommt (k). Eben ſo ſoll es nicht angewendet werden bei Wechſeln, für welche dem freien Willen der Parteien mehr Spielraum gelaſſen iſt (l).

Das hier beſprochene Geſetz hat übrigens blos das Metallgeld zum Gegenſtand, obgleich der in ihm enthaltene Grundſatz auch auf das Papiergeld Anwendung finden könnte. Ueber die Stellung des Papiergeldes in Frankreich iſt ſchon oben an mehreren Stellen Nachricht gegeben worden (§ 41. 42).

§. 48.

IV. Gegenſtand der Obligation. Beſtimmte, unbeſtimmte Leiſtungen. — Geld. Oeſterreichiſches Recht.

Bei der Einführung des Oeſterreichiſchen Geſetzbuchs (1. Juni 1811) befand ſich der Geſetzgeber in einer ganz anderen Lage, als die, welche oben bei dem Preußiſchen Landrecht und dem Franzöſiſchen Code geſchildert worden iſt (§ 46. 47). Er konnte nicht einen befriedigenden Zuſtand des Geldweſens für Gegenwart und Zukunft voraus-

(k) Code civil art. 1932. — Vgl. oben § 43.

(l) Code de commerce art. 143. Dieſe von dem art. 1895 abweichende Beſtimmung folgt von ſelbſt daraus, daß das Wechſelgeſchäft kein Darlehen iſt.

setzen, vielmehr befand sich der Staat mitten in den bedenklichsten Zuständen durch das seit längerer Zeit fortwährend sinkende Papiergeld, und dadurch war erst vor wenigen Monaten ein Specialgesetz mit auffallenden, sehr durchgreifenden, Bestimmungen veranlaßt worden (§ 41. m). Es ist daher sehr natürlich, daß gerade in den praktisch wichtigsten Stücken, namentlich wegen der klingenden Münze, der Valuta, und dem erlaubten Darlehen in einer besonders bestimmten Münzsorte, das Gesetzbuch gar keine eigenen Bestimmungen enthält, sondern nur auf das kurz zuvor erlassene besondere Gesetz verweist, und dessen Vorschriften wiederholt (a).

Daneben enthält das Gesetzbuch eine besondere Bestimmung, die allein als neuer Grundsatz angesehen werden kann, für den Fall, daß das Metallgeld im Nennwerth verändert werden möge, ohne neue Ausmünzung. Eine solche Veränderung soll auf die Rückzahlung keinen Einfluß haben (b). Dieses ist eine Wiederholung der oben (§ 46) dargestellten Vorschrift des Preußischen Landrechts (I. 11. § 790).

Hieran schließt sich eine Vorschrift für den Fall, daß die Münzsorte, worin ein Darlehen gegeben war, nicht mehr im Umlauf seyn möchte. Nun soll der Schuldner in anderen Münzsorten zurück zahlen, aber so, daß der

(a) Gesetzbuch § 986. 987.
(b) Gesetzbuch § 988.

Gläubiger denſelben inneren Werth (Metallwerth) zurück-erhalte, welchen er urſprünglich als Darlehen hingegeben hatte (c). Auch dieſe Vorſchrift ſteht im Zuſammenhang mit einer Vorſchrift des Preußiſchen Landrechts für den-ſelben Fall (ſ. o. § 46 f.), jedoch mit dem (nicht ſehr erheblichen) Unterſchied, daß in dieſem Fall das Preußiſche Recht eine Ausgleichung des Courswerthes, das Oeſter-reichiſche eine Ausgleichung des Metallwerthes bewir-ken will.

Dieſe eigenthümlichen Beſtimmungen waren in dem Oeſterreichiſchen Geſetze noch unwichtiger und gleichgültiger, als im Preußiſchen, da gar nicht abzuſehen war, wann man wieder zu einer Valuta in Metall werde zurück kehren können, und da, ſelbſt für den Fall dieſer Rückkehr, keine Wahrſcheinlichkeit vorhanden war, daß die Regierung es nöthig oder räthlich finden werde, den Nennwerth der Zwanziger u. ſ. w. abzuändern.

§. 49.

IV. Gegenſtand der Obligation. Ort der Leiſtung.

Die bisher angeſtellte Unterſuchung über den Gegen-ſtand der Obligation betraf die Natur der Leiſtung, und die darauf bezüglichen Gegenſätze. Jede Leiſtung aber, als

(c) Geſetzbuch § 989.

äußere Handlung, kann nur in irgend einem Ort und zu irgend einer Zeit vorkommen, und diese Eigenschaften der Leistung sind nun noch durch Rechtsregeln zu bestimmen (§ 28).

Ueber den Ort der Leistung habe ich schon anderwärts Gelegenheit gehabt, mich ausführlich zu äußern (a), und indem ich auf diese frühere Ausführung verweise, ist es mir erlaubt, mich an der gegenwärtigen Stelle kürzer zu fassen.

Die Frage nach dem richtigen Ort der Leistung betrifft sowohl die Thätigkeit des Glaubigers, als die des Schuldners. Bei dem Glaubiger muß bestimmt werden, für welchen Ort er die Handlung verlangen und erzwingen kann; bei dem Schuldner dagegen, an welchem Ort er die freiwillige Leistung dergestalt anbieten kann, daß der Glaubiger sich dadurch für befriedigt erachten muß.

Vor Allem sind nun zweierlei Handlungen zu unterscheiden, die in einer Obligation als Leistungen vorkommen können.

Manche Handlungen sind durch ihre Natur an einen bestimmten Ort im Raum dergestalt gebunden, daß sie nur an diesem Ort gedacht werden können, und durch jede versuchte Verlegung ganz andere Handlungen werden würden. Dahin gehört die Uebergabe eines bestimmten

(a) Es ist Dieses geschehen bei der Untersuchung über das örtliche Recht und über den Gerichtsstand der Obligationen, System B. 8 § 370. 371.

Grundstücks, desgleichen die Bearbeitung eines Grundstücks, wohin namentlich die Aufführung eines Gebäudes auf demselben gehört. Ferner die Arbeit in einer Handlung oder Fabrik, die einen bestimmten Sitz hat. Bei Leistungen solcher Art kann der Gläubiger nicht an einem anderen Ort fordern, der Schuldner nicht an einem anderen Ort leisten wollen, weil die so vorgenommene, wenn auch gleichartige Handlung (z. B. der Bau eines Hauses) eine durchaus verschiedene Handlung seyn würde.

Alle anderen Handlungen haben eine örtlich unbestimmte Natur, so daß sie an jedem Orte gleichmäßig vorgenommen werden können, ohne ihr Wesen zu verändern. Dahin gehört die Bearbeitung einer beweglichen Sache, und eben so die Uebergabe einer solchen, insbesondere also jede Geldzahlung.

Bei dieser Art der Handlungen sind zwei Fälle zu unterscheiden. Durch die Thatsache, welche die Obligation begründete (z. B. den Vertrag), ist entweder auch der Ort der Leistung bestimmt worden, oder dieser Ort ist unbestimmt geblieben.

A. Bestimmter Ort der Leistung.

Die Lage des Gläubigers ist hier folgende. Er kann an dem bestimmten Orte klagen, und an diesem Orte ist auch ein Gerichtsstand des Schuldners durch den Vertrag selbst begründet. An jedem anderen Orte ist er nicht berechtigt, zu klagen, also auch nicht da, wo der Schuldner

durch den Wohnsitz seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (b).

Durch diese, an sich richtige, Regel kann nun aber für den Gläubiger im Erfolg eine völlige Rechtsverweigerung entstehen. Wenn ein Römer einem anderen Römer durch Stipulation versprach, ihm Tausend Sestertien in Ephesus zu zahlen, so konnte vor dem Römischen Prätor nicht geklagt werden, weil die versprochene Leistung nicht in dessen Sprengel fiel. In Ephesus konnte geklagt werden; war aber der Schuldner so vorsichtig, nicht in Ephesus zu erscheinen, so war diese Klage thatsächlich unmöglich, und der Gläubiger blieb ganz ohne Rechtshülfe. Um diesem Mangel abzuhelfen, führte der Prätor eine eigene Klage ein, die actio de eo quod certo loco (c). Mit dieser konnte jener Gläubiger in Rom seine Forderung einklagen. Er erhielt jedoch nicht gerade Tausend, sondern es wurde ermittelt, um wie viel etwa eine solche Summe in Rom mehr oder weniger, als in Ephesus, werth seyn möchte. So konnte er in Rom mehr oder weniger, als Tausend, zugesprochen bekommen, indem nach beiden Seiten hin das Interesse der Geldzahlung an beiden Orten abgewogen wurde (d). — Eine solche Klage konnte aber zu einer ungerechten Bedrückung des Schuldners mißbraucht werden, wenn Dieser zur Zahlung in Ephesus bereit war,

(b) System B. 8 § 370. c. d.
(c) Dig. Lib. 13 Tit. 4. *eo quod certo loco* (13. 4), *L. un. C. ubi conven.* (3. 18), § 39
(d) *L.* 2 *pr.* § 8, *L.* 3 *de J. de act.* (4. 6).

und der Gläubiger die Weigerung fälſchlich vorgab. Gegen dieſen Mißbrauch konnte ſich der Schuldner ſchützen, wenn er in Rom Caution ſtellte wegen der vertragsmäßigen Leiſtung in Epheſus, oder wenn er bewies, daß er in Epheſus das Geld angeboten oder deponirt habe; nun wurde er in Rom von der Klage entbunden (e).

Dieſes Verfahren, vermittelſt einer neu erfundenen prätoriſchen Klage, war nur erforderlich und üblich bei ſolchen Obligationen, die durch Condictionen (ſtrenge Klagen) verfolgt wurden (f), deren ſtrenge und buchſtäbliche Behandlung beſonders in der Faſſung der intentio erſcheint (g). Bei den freien Klagen (Kauf, Miethe, Commodat u. ſ. w.) war jene beſondere Klage nicht nöthig. Hier reichte ſchon die gewöhnliche Contractsklage völlig aus, indem durch dieſe ganz derſelbe Erfolg herbeigeführt wurde, der ſo eben bei der beſonderen prätoriſchen Klage dargeſtellt worden iſt (h). — Dieſer Unterſchied hat ſchon im Juſtinianiſchen Recht, um ſo mehr alſo im heutigen, ſeine Bedeutung verloren.

(e) *L.* 4 § 1 *de eo quod certo loco* (13. 4).

(f) *L.* 1, *L.* 7 § 1 *de eo q. c. l.* (13. 4), *L. un. C. ubi conven.* (3. 18), § 33 *J. de act.* (4. 6) (von Stipulationen). — *L.* 8 *eod.* (Bürgſchaft). — *L.* 6 *eod.* (Darlehen). — *L.* 5 *eod.* (Legat).

(g) Wenn bei der oben erwähnten Stipulation die intentio in Rom ſo gefaßt wurde: si paret, H. S. mille dari oportere, ſo war Das hier, vor dem Prätor, nicht wahr, da der Beklagte hier keine Verpflichtung hatte.

(h) *L.* 7 *pr. de eo q. c. l.* (13. 4), *L.* 16 § 1 *de pec.*

Die Lage des Schuldners bei den mit einem beſtimmten Ort der Leiſtung verſehenen Obligationen iſt folgende. Der Schuldner hat nur an dieſem Orte das Recht der freiwilligen Erfüllung, das heißt, jeder einſeitige Verſuch, an irgend einem anderen Orte zu erfüllen, kann die Tilgung der Schuld nicht herbei führen (i). Wenn jedoch an einem anderen Orte der Glaubiger die Erfüllung annimmt, ſo iſt dadurch die Schuld getilgt, indem nun durch Uebereinkunft beider Theile dieſes Stück der urſprünglichen Obligation abgeändert worden iſt (k).

B. Unbeſtimmter Ort der Leiſtung.

Die Lage des Glaubigers iſt folgende. Er kann ſein Recht verfolgen, alſo die Klage anſtellen und die Leiſtung erzwingen, wo er es gut findet, da ihm die Obligation hierin freie Hand läßt (l). Nur iſt durch die Regeln des Prozeſſes dieſe Freiheit darin beſchränkt, daß die Klage angeſtellt werden muß an einem Orte, an welchem ein Gerichtsſtand für den Beklagten begründet iſt.

const. (13. 5) „*exemplo* arbitrariae actionis," d. h. nach denſelben Regeln, mit demſelben Erfolg, wie bei der actio arbitraria de eo quod certo loco. Denn hier reichte die gewöhnliche intentio der b. f. actio: quidquid dari fieri oportet ex fide bona" an ſich ſchon aus, ſo daß es der Aushülfe durch eine beſondere Klage nicht bedurfte.

(i) *L.* 2 § 7, *L.* 9 *de eo q. c. l.* (13. 4), *L.* 122 *pr. de V. O.* (45. 1).

(k) *L.* 2 § 7, *L.* 10 *de eo q. c. l.* (13. 4).

(l) Der Schuldner muß alſo leiſten ubi petitur. Vgl. Syſtem B. 8 § 370. v.

Der Glaubiger kann alſo klagen an dem allgemeinen perſönlichen Gerichtsſtand des Schuldners (m). Er kann aber auch klagen an den Orten, an welchen für dieſe Obligation ein beſonderer Gerichtsſtand durch ſtillſchweigende Uebereinkunft der Parteien begründet iſt (n). Zwiſchen dieſen verſchiedenen Orten des Gerichtsſtandes hat der Glaubiger freie Wahl (o).

Das erwähnte Recht des Glaubigers iſt für Einen Fall durch Rückſichten der Billigkeit beſchränkt worden. Wenn die Obligation gerichtet iſt auf die Uebergabe einer beweglichen Sache, und wenn es zugleich eine b. f. obligatio iſt, ſo ſoll ſich der Glaubiger begnügen, wenn die Uebergabe an dem Orte erfolgt, an welchem ſich die Sache gerade jetzt zufällig befindet; er ſoll alſo nicht verlangen können, daß der Schuldner die Sache auf ſeine Koſten und Gefahr an den Ort der Klage bringe (p).

Es bleibt noch übrig, die Lage des Schuldners im Fall des unbeſtimmten Orts der Leiſtung zu erwägen. Bleibt man bei der abſtracten Beſtimmung ſtehen, daß der Schuldner, wegen der Unbeſtimmtheit, ein unbeſchränktes Wahlrecht für den Ort der freiwilligen Erfüllung haben

(m) Dieſes iſt das forum domicilii, nach Römiſchem Recht auch das forum originis, mit freier Wahl des Klägers zwiſchen beiden.

(n) Vgl. Syſtem B. 8 § 370 S. 226—228. Es iſt der Ort, an welchem die Erfüllung nach den vorliegenden Umſtänden von beiden Theilen vorzugsweiſe erwartet werden konnte.

(o) Vgl. Syſtem B. 8 § 371. t.

(p) Vgl. Syſtem B. 8 § 370. w. x. y.

müsse, so würde der Schuldner eine Geldzahlung an irgend einem entfernten Orte der Erde anbieten und deponiren dürfen, welches dann als vollendete Tilgung gelten müßte; er könnte Dieses thun aus Chicane gegen den Glaubiger, oder auch, weil er selbst zufällig an jenem entfernten Orte Geld vorräthig hätte, also bei dieser Art der Tilgung seinen Vortheil finden würde. Es ist aber wohl einleuchtend, daß Dieses der ursprünglichen Erwartung, also dem wahren Sinn des Rechtsgeschäfts, nicht entsprechen würde.

Unsere Rechtsquellen entscheiden über diese Frage nicht (q). Die natürlichste Entscheidung liegt wohl in der Annahme völliger Gleichheit zwischen beiden Parteien. Hiernach müssen wir dem Schuldner die Wahl einräumen zwischen denjenigen Orten, an welchen der Glaubiger von seiner Seite hätte klagen können (Note m. n), also zwischen dem eigenen Wohnsitz des Schuldners, und jedem Orte, an welchem ein besonderer Gerichtsstand für diese Obligation begründet ist. Daß Dieses dem Sinn des Rechtsgeschäfts entspricht, kann nicht bezweifelt werden, da auf jeden dieser Orte gleich Anfangs eine gewisse Erwartung gerichtet seyn mußte. Entspricht die von dem Schuldner getroffene Wahl den Wünschen des Glaubigers nicht, so hat Dieser es sich selbst zuzuschreiben, daß er nicht dem

(q) Schon aus diesem Umstand läßt sich schließen, daß die Frage nicht von großer Erheblichkeit seyn könne, wofür denn auch die Erfahrung sprechen dürfte.

Schuldner durch Anstellung der Klage zuvorgekommen ist, in welchem Falle er selbst die Wahl des Ortes gehabt haben würde (r).

Abweichend von der hier aufgestellten Lehre, und mit Umkehrung des wahren Verhältnisses, haben Manche, für die Fälle des unbestimmten Ortes der Leistung, den Grundsatz aufgestellt, daß stets ein gesetzlicher Ort der Leistung angenommen werden müsse, und daß dieser Ort dann zugleich bestimmend sey für den Gerichtsstand dieser Obligation (s).

§. 50.

IV. Gegenstand der Obligation. Zeit der Leistung.

Jede Leistung kann ferner nur zu irgend einer Zeit vorkommen (§ 28), und Dieses ist das letzte Stück, welches bei Betrachtung des Gegenstandes der Obligationen noch zur Erwägung kommt.

Diese Frage hat eine etwas verschiedene Bedeutung von der gleichartigen Frage, die in Beziehung auf den

(r) Eine andere Meinung hat Puchta Pandekten § 246. Note i, und Vorlesungen B. 2 S. 54. Der Schuldner soll erfüllen da, wo der Glaubiger ist, also, wenn Beide entfernt von einander wohnen, das Porto tragen. Ich weiß diese einseitige Begünstigung des Glaubigers nicht zu rechtfertigen, auch scheint sie mir im Widerspruch zu stehen mit Puchta's eigenen Worten (S. 54): „Sonst kann der Schuldner so wenig fordern, daß der Glaubiger zu ihm, als der Glaubiger, daß jener zu ihm komme."

(s) Vgl. System B. 8 § 370.

Ort der Leistung bereits untersucht worden ist (§ 49). Bei dem Orte kam es darauf an, genau zu bestimmen, wo die Leistung geschehen müsse, und diese Bestimmung kann insbesondere durch die Willkür der betheiligten Personen vorgenommen werden. Eine ähnliche Bestimmung ist auch in Ansehung der Zeit denkbar, indem ein Vertrag darauf gerichtet werden kann, daß eine Handlung in einem genau begränzten Zeitraum, weder früher noch später, vorgenommen werde. Allein eine Bestimmung solcher Art ist überaus selten, und daher unerheblich.

Dagegen ist von großer Wichtigkeit die andere Frage, von welchem Zeitpunkt an die Nothwendigkeit, die das Wesen der Obligation ausmacht, anfangen soll. Wenn eine Obligation nach dieser Richtung hin eine willkürliche Bestimmung durch die Parteien erhält, so heißt sie obligatio ex die oder in diem. Ueber diese habe ich bereits anderwärts Veranlassung zu einer genaueren Ausführung gehabt (a), und indem ich mich auf diese hier beziehe, darf ich mich gegenwärtig kürzer fassen.

Diese willkürliche Bestimmung erhält ihre wahre Bedeutung erst durch den Gegensatz der Regel, welche anzuwenden ist, wo eine solche Bestimmung fehlt. Die Regel aber geht dahin, daß jede Obligation, von dem Augenblick ihrer Entstehung an, die Nothwendigkeit begründet, welche

(a) Vgl. System B. 3 § 125. 126. Diese Beschränkung in diem kommt übrigens nicht allein bei den Obligationen vor, sondern auch bei manchen anderen Rechtsverhältnissen.

das Weſen der Obligation ausmacht, ſo daß die Leiſtung ſogleich eingeklagt werden kann. Der Römiſche Kunſtausdruck lautet ſo: jede Obligation iſt von ſelbſt als praesens obligatio anzuſehen (b). Dieſer Regel gegenüber haben wir nun eine Reihe von Ausnahmen zu betrachten.

Die erſte und wichtigſte Ausnahme iſt die bereits angedeutete, wenn derſelbe Wille, der die Obligation begründete, ſie zugleich zu einer in diem obligatio gemacht hat. Dieſer Fall hat augenſcheinliche Aehnlichkeit mit der durch den Willen der Parteien bewirkten Beſtimmung des Orts der Leiſtung (§ 49). Nur unterſcheiden ſich beide Fälle darin, daß die Beſtimmung des Orts im Allgemeinen keine Partei begünſtigt, indem dieſer oder jener Ort zufälligerweiſe bald dem einen Theil, bald dem anderen, zum Vortheil gereichen kann. Dagegen iſt die praesens obligatio ſtets dem Glaubiger vortheilhafter, die in diem weniger vortheilhaft, indem die frühere Leiſtung ſtets als die beſſere angeſehen werden muß (c). Es iſt nur ein anderer Ausdruck deſſelben Satzes, wenn geſagt wird, daß die Beſtimmung einer Obligation in diem ſtets zum Vortheil des Schuldners hinzugefügt werde (d). Eine Folge davon iſt aber die, daß der Schuldner auf dieſen ſeinen

(b) *L.* 41 § 1 *de V. O.* (45. 1), *L.* 213 *pr. de V. S.* (50. 16), *L.* 14 *de R. J.* (50. 17). — In mehreren Stellen wird dieſelbe Regel vorausgeſetzt. *L.* 60, *L.* 73 *pr.*, *L.* 137 § 4 *de V. O.* (45. 1), *L.* 186 *de R. J.* (50. 17).

(c) § 5 *J. de fidej.* (3. 20), Gajus Lib. 3 § 113.

(d) *L.* 41 § 1, *L.* 38 § 16 *de V. O.* (45. 1), *L.* 17 *de R. J.* (50. 17).

Vortheil verzichten, alſo früher erfüllen kann, als es für ihn nothwendig war (e).

Eine fernere Ausnahme tritt ein, wenn die Handlung, ihrer Natur nach, nicht ſogleich, ſondern erſt in irgend einer künftigen Zeit möglich iſt. Dieſes kann die Folge davon ſeyn, daß die Handlung an einem weit entfernten Orte vorgenommen werden ſoll (f), oder an einem Gegenſtand, welcher noch gar nicht vorhanden iſt, ſondern erſt künftig entſtehen ſoll (g).

Damit verwandt iſt die Ausnahme bei denjenigen Obligationen, in welchen die Nothwendigkeit der Leiſtung abhängig gemacht wird von einer beſonderen Aufforderung oder Kündigung, wie bei dem Darlehen, Depoſitum u. ſ. w. (h).

Eine ganz poſitive Ausnahme wird noch erwähnt bei dem Conſtitutum, in welchem der Schuldner ſtets den Vortheil eines mäßigen Aufſchubs genießen ſoll; als mäßig aber wird ein Zeitraum von Zehen Tagen betrachtet (i).

(e) *L.* 137 § 2, *L.* 38 § 16 *de V. O.* (45. 1), *L.* 70 *de solut.* (46. 3), *L.* 15 *de annuis* (33. 1), *L.* 1 § 1 *de cond.* (35. 1). — Eine Ausnahme machen die ſeltenen Fälle, in welchen, aus beſonderen perſönlichen Gründen, die Abſicht erweislich iſt, eine frühere Leiſtung zu verhüten. *L.* 43 § 2 *de leg.* 2 (31. un.), *L.* 15 *de annuis* (33. 1).

(f) *L.* 41 § 1, *L.* 60, *L.* 73 *pr.*, *L.* 137 § 2 *de V. O.* (45. 1).

(g) *L.* 73 *pr. de V. O.* (45. 1), *L.* 186 *de R. J.* (50. 17).

(h) *L.* 73 *pr. de V. O.* (45. 1), am Ende der Stelle.

(i) *L.* 21 § 1 *de pec. const.* (13. 5). Könnte vielleicht im Zuſammenhang ſtehen mit einer Controverſe der älteren Juriſten, die Juſtinian entſchieden hat. *L.* 2 *C. de const.* (4. 18).

Der wichtigste und schwierigste Theil dieser Lehre ist der, welcher sich auf die eigenthümlichen Verletzungen bezieht, die gegen die richtige Zeit der Leistung (nicht gegen den Inhalt derselben) gerichtet seyn können. Dieses ist die Lehre von der Mora, welche aber nicht an der gegenwärtigen Stelle, sondern erst bei den Entstehungsgründen der Obligation, und zwar insbesondere bei der Umwandlung derselben, dargestellt werden kann.

Berlin, gedruckt in der Deckerschen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei.